NAZIONALE
BIBLIOTECA
Raccolta
NICOTRA
B
22
VITTORIO EM. III
NAPOLI

Race. Nicotia. B. 22

Digitized by Google

Digitized by Google

Die

Heredis institutio ex re certa.

Eine civiliſtiſche Abhandlung

von

Dr. **Carl Renner,**
Profeſſor der Rechtswiſſenſchaft und außerordentlichem Beiſitzer des Spruch-Collegiums an der Univerſität Gießen.

Gießen 1853.
J. Ricker'ſche Buchhandlung.

Dem Andenken

an

Egid von Löhr,

seinen hochgeehrten Lehrer und väterlichen Freund

widmet diese Schrift

der Verfasser.

Vorrede.

Dem Gegenstande vorliegender Abhandlung ist in unsrer juristischen Literatur eine ausführliche Erörterung bisher noch nicht zu Theil geworden. Besondere Rücksicht hat man meist nur einem einzelnen Falle der institutio ex re certa zugewendet, dem Falle nämlich, wenn neben gehörig (sine partibus oder ex certis partibus) Eingesetzten einer oder der andere der Erben auf eine res certa instituirt ist, indem über das hier eintretende Rechtsverhältniß, besonders wegen einer dasselbe betreffenden Verordnung Justinian's (c. 13 C. de her. inst.), von jeher die größten Zweifel und Unsicherheiten bestanden.

Auch der Verfasser richtete anfangs seine Aufmerksamkeit vorzüglich nur auf diesen Einen Fall; keiner der verschiedenen über denselben aufgestellten Ansichten vermochte er Beifall zu schenken. Je mehr er sich indessen hier in eine Untersuchung vertiefte, desto mehr erschien ihm die ganze Lehre der heredis institutio ex re certa, nach grundsätzlicher Behandlung wie nach Detailgestaltung, einer civilistischen Bearbeitung würdig. Er überzeugte sich, daß gerade mit durch Vernachlässigen eines näheren Eingehens auf den Gesammtumfang dieser Lehre die richtige Einsicht in die Gestaltung auch jenes einzelnen bestrittenen Falles bisher getrübt bleiben mußte.

Wie nun aber zugleich nichts so sehr als Bearbeitung einer speciellen Lehre dazu geeiguet ist, allgemeinere Gesichtspunkte, welche dabei von Einfluß werden, nach ihrem wahren Gehalte zu erproben, so kam auch der Verfasser bei Durchführung des von ihm gewählten Stoffes von selbst und ganz unvermeidlich mit einer Reihe von Grundsätzen über Beerbung und Vermächtnisse in Berührung, welche, um sie richtig anzuwenden, vorerst der bestehenden Theorie gegenüber bald einer schärferen Hervorhebung, bald einer wesentlichen Berichtigung bedurften. Ueberall jedoch war er darauf bedacht, durch solche Zwischenerörterungen den geordneten Gang, welchen die Darstellung der Hauptsache fordert, nicht zu beeinträchtigen, wie dieß schon aus einem flüchtigen Blicke in die nachstehende Inhaltsanzeige erhellen mag.

Der Verfasser bittet den geneigten Leser, unter den mehrfachen Druckfehlern namentlich folgende zwei besonders störende berichtigen zu wollen: auf Seite 29, Zeile 3 v. u. muß es statt „wie sie das Leben nicht" heißen: „wie sie das Leben nimmt", und auf Seite 146, Zeile 6 v. u. ist statt „Vermächtnisse" zu lesen: „Vorvermächtnisse."

Gießen, im Mai 1853.

Carl Renner.

Inhaltsanzeige.

Einleitung.

§. 1. Allgemeine Bemerkungen über das Weſen der Beerbung nach Römiſchem Rechte (Seite 1—10).

§. 2. Anwendung des Bisherigen auf die Art und Weiſe, insbeſondere auf den Gegenſtand der Erbeseinſetzung. Begriff der institutio ex re certa. Dieſelbe widerſtreitet den Principien des Römiſchen Erbrechts (S. 10—16).

§. 3. Dennoch findet ſich in den Quellen die institutio ex re certa als eine gültige Verfügung. — Vorbemerkungen. Plan der folgenden Darſtellung. Die Literatur über unſere Lehre im Allgemeinen (S. 16—21).

Erſtes Kapitel.

Die institutio ex re certa in dem Teſtamente eines paganus.

Erſter Abſchnitt.

Der Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieſer aber auf eine res certa eingeſetzt iſt.

§. 4. 1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Der Eingeſetzte gilt als Erbe detracta rei mentione, gerufen zum universum jusdefuncti. Fr. 1 §. 4 D. de her. inst., fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (S. 22.) Daß die inst. ex re certa als Erbeseinſetzung aufrechterhalten wird, hat ſeinen Grund in der hohen römiſchen Bedeutung des heres und der heredis institutio; die Art und Weiſe der Aufrechterhaltung iſt nothwendige Folge der juriſtiſchen Beſtimmung des heres. (S. 22—36.) — Jene Behandlung gilt bei Einſetzung ſowohl direkt auf res certae, als auch excepta certa re (S. 37—42), ebenſo dann, wenn der Teſtator ausdrücklich verboten hat, daß der Eingeſetzte mehr als die res certa bekomme (S. 42—46).

§. 5. Fortsetzung.

Rückblicke und Ergebnisse aus dem Bisherigen. — Es wird hier eine an sich ungehörige Einsetzung nur aufrechterhalten (S. 46—50). — Die Aufrechterhaltung, als gegründet auf die hohe Bedeutung der heredis institutio, geschieht einerseits nicht auch bei exheredatio rei certae, fr. 19 D. de lib. et post. (S. 50—53), andrerseits aber bei jeder Einsetzung, bei institutio wie bei substitutio (vulg. und pup.) ex re certa, fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (S. 53—57.) — Das principiengemäße Resultat bei Behandlung dieser Einsetzungen (S. 58). — Die Aufrechterhaltung der Erbenqualität detracta rei mentione geschah durch Juristenrecht, mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus (S. 58—60.)

§. 6. 2) Beschränkung auf die res certa.

Erhellt nicht aus einer noch besondern Willenserklärung des Erblassers, zu wessen Gunsten der Eingesetzte auf die res certa beschränkt sein soll, dann behält er nach älterem wie nach neuestem Röm. Rechte die ganze Erbschaft, namentlich fällt nicht etwa an die Intestaterben fideikommissarisch das außer der res vorhandene Vermögen (S. 61—73). — Ist dagegen aus einer anderweiten (gleichzeitigen, früheren oder späteren), obwohl nicht in ausdrückliche Vermächtnißworte gekleideten Willenserklärung des Erblassers ein Dritter ersichtlich, an welchen das Uebrige fallen soll, dann wird seit erstarkter Fideikommißtheorie der Eingesetzte im Effekte des Bekommens auf die res certa beschränkt, die rei mentio wird behandelt als stillschweigende verba fideicommissaria enthaltend, welche zu Gunsten jenes Dritten der heredis institutio inserirt sind (S. 73 ff.). Dahin gehörige Fälle. 1) §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. In dem von diesen Stellen mitgetheilten Falle hatte der Testator keineswegs, wie man annimmt, in dem zweiten Testamente ausdrücklich erklärt, das frühere solle fortgelten, vielmehr enthält hier die bloße Beschränkung des neuerdings Eingesetzten auf eine res certa rücksichtlich des übrigen Vermögens stillschweigende Bestätigung des früheren Testaments (S. 74—87). Berichtigung der herrschenden Lehre, wonach ein früheres Testament nur dann als Codicill gilt, wenn es in dem späteren Testamente ausdrücklich bestätigt wird (S. 87—90). 2) Sonstige Fälle (S. 91—92).

§. 7. Fortsetzung.

Rechtliche Gestaltung der Fälle, in welchen wegen noch besonderer Willenserklärung des Erblassers der ex re Instituirte zu Gunsten eines Dritten auf die res certa beschränkt wird.

I. Iſt er excepta certa re eingeſetzt, ſo behält er die ihm detracta exceptione geſchaffene hereditas, und reſtituirt an den Dritten die res excepta als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß (S. 93—94). — II. Iſt er direkt auf eine res certa eingeſetzt, dann reſtituirt er die ihm detracta re geſchaffene hereditas als ſtillſchweigendes Univerſal-Fideikommiß an den Dritten, und erhält von dieſem aus der reſtituirten Erbſchaft die res certa als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß zurück, gerade wie da, wo der Univerſalerbe gebeten iſt, die hereditas zu reſtituiren accepta, deducta, praecepta s. retenta certa re vel summa. Widerlegung der Anſicht, daß in dieſen letzteren Fällen der Erbe die res certa jure heredis behalte, und nur das Uebrige reſtituire (S. 95—99). — Weitere Detailgeſtaltung des Falles II, insbeſondere bei freiwilliger Antretung und Reſtitution. A. Verhältniß, wenn ein Quartabzug nicht zur Sprache kommt. 1) Der Eingeſetzte reſtituirt hier totam hereditatem, und zwar ſchon nach Pandektenrecht ex Trebelliano. Ueberall da, wo der Erbe ex voluntate testatoris die ganze Erbſchaft zu reſtituiren hat, geſchah ſchon nach Pandektenrecht die Reſtitution, obwohl gegen den Wortlaut des Pegas., doch im Geiſte dieſes Sct., ex Trebelliano (S. 100—104). 2) Die res certa, welche der Eingeſetzte aus der reſtituirten Erbſchaft zurückerhält, iſt als ſtillſchweigendes Präfideikommiß, nicht als ſtillſchweigendes ſimples Fideikommiß anzuſehen (S. 104—107). B. Verhältniß, wenn der ex re Inſtituirte bei Reſtitution der Erbſchaft die ſog. Trebellianiſche Quart nicht frei hat. 1) Nach dem Rechte der Compilation darf er ſich die Quart frei halten. In dieſelbe muß er ſich die res certa einrechnen, gerade wie Derjenige, welcher die Erbſchaft accepta, deducta u. ſ. w. certa re vel summa zu reſtituiren hat. Daß in dieſen Fällen der Fiduciar die certa res vel summa, obwohl er dieſelbe jure legati erhält, nicht supra quartam hat, erklärt ſich aus den Grundſätzen über Compenſation hier vorliegender gegenſeitiger Vermächtniſſe (S. 107—109). Das Mittel für Freihalten der Quart wäre hier a) nach ſtrengem Rechte wirklicher Quartabzug, wobei die Reſtitution vor Juſtinian ex Pegas., ſeit Juſtinian zwar ex Treb., allein nur zu ¾ der hereditas geſchehen wäre (S. 110—113). b) Zur Vermeidung wirklichen Quartabzugs und ſeiner mißlichen Folgen konnte indeſſen der ex re Inſtituirte, wie jeder Erbe, welcher praecepta, deducta u. ſ. w. certa re vel summa hereditatem restituere rogatus est, ſchon unter der Herrſchaft des Sct. Pegas. auf die in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. enthaltene sententia Juliani provociren, und hiernach dem ſtillſchweigenden Willen des Erblaſſers gemäß ſich den Vermächtnißbetrag der res certa bis zu ¼ des Werthes

der Erbſchaft erhöhen, daneben aber totam hereditatem ex Treb. reſtituiren (S. 113—116). 2) Seit Nov. 1 c. 2 §. 2 darf ſich der heres ex re certa, wenigſtens dann, wenn er direkt auf res certae, und nicht excepta certa re inſtituirt iſt, die Quart überhaupt nicht mehr frei machen (S. 116—120). — Seitdem braucht er nur noch als Pflichttheilsberechtigter unter Realiſirung der Beſchränkung auf die res certa nicht zu leiden (S. 120—122).

Das Reſultat für die Geſtaltung der Fälle des erſten Abſchnittes (S. 122—123).

Zweiter Abſchnitt.

Der Fall, wenn mehrere Erben, und zwar alle auf res certae eingeſetzt ſind.

§. 8. Allgemeine Bemerkungen. Vorläufige Angabe des Hauptinhaltes von fr. 35 D. de her. inst. (S. 124—130).

§. 9. I. Der Grundſatz.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Sie geſchieht auch hier detracta rei mentione, wonach die Eingeſetzten auf partes hereditariae gerufen ſind (S. 130—131), und zwar in der Regel acqualiter als heredes sine partibus scripti, ex certis partibus nur dann, wenn der Teſtator mit der rerum mentio erweislich eine demonstratio der Größe der partes beabſichtigt hat. Fr. 78 pr., fr. 11, fr. 9 §. 13, fr. 10 D. de her. inst. (S. 131—139). Auch für die Fälle des zweiten Abſchnittes geſchah die Aufrechterhaltung der Erbenqualität detracta rei mentione ſicherlich ſchon zur Zeit des Aquilius Gallus, namentlich nicht erſt auf die Auktorität des Sabinus (S. 139—142.)

§. 10. 2) Beſchränkung auf die res certae.

Dieſelbe wird im Intereſſe der voluntas testatoris nur in jenen regelmäßigen Fällen verlangt, in welchen die rerum mentio nicht als demonstratio certarum partium gemeint war (S. 142—143). I. Die Zuweiſung der res certae an die darauf Inſtituirten iſt hier nicht erbvertheilungshalber, ſondern nur auf dem Wege der Vermächtniſſe möglich, ſie fand daher während der Alleinherrſchaft der Legate noch nicht ſtatt, damals blieb es für die ex re Inſtituirten auch im Effekte des Bekommens bei dem Werthe der ihnen detracta re geſchaffenen partes; erſt ſeit erſtarkter Fideikommiß-Theorie erhält jeder die ihm per institutionem zugewieſene res, und zwar als ſtillſchweigendes Präfideikommiß. Fr. 35 §. 1 D. de her. inst. Fr. 78 pr. D. eod.

(S. 143—153.) Erklärung des Verhältniſſes von fr. 9 §. 13, fr. 10, fr. 11 D. de her. inst. zu fr. 35 §. 1 und fr. 78 pr. D. eod. aus der ſtufenweiſen Vervollkommnung der juriſtiſchen Behandlung dieſer institutiones ex re certa (S. 153—156). II. An den Erbſchaftsſchulden, ſowie an dem außer den res certae etwa noch übrigen Aktivvermögen participiren die ex re Inſtituirten pro rata hereditaria (S. 156—165), es ſei denn, daß aus einer noch beſondern Willenserklärung des Erblaſſers erhellt, zu weſſen Dritten Gunſten ſie auf die res beſchränkt ſein ſollen; in dieſem Falle reſtituiren ſie, wenn ſie direkt auf res certa eingeſetzt ſind, ihre partes hereditariae als ſtillſchweigende Univerſal-Fideikommiſſe an jenen Dritten, und erhalten von dieſem die ihnen zugewendeten res certae als ſtillſchweigende Singular-Fideikommiſſe zurück; ſind ſie excepta re eingeſetzt, ſo reſtituiren ſie an den Dritten die res excepta als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß (S. 165—166).

Reſultat für die grundſätzliche Geſtaltung der Fälle des zweiten Abſchnittes (S. 166—167).

§. 11. Fortſetzung. (Vergleichung mit der divisio bonorum.)

Veranlaſſung dieſer Zwiſchenerörterung (S. 167—168). — I. Weſen und Erforderniſſe der divisio bonorum (S. 168—172). II. Rechtliche Geſtaltung dieſer Verfügung. Während die Erben zur Erbſchaft pro rata her. gerufen ſind, erhalten ſie die ihnen per divisionem zugewieſenen Objekte als Vermächtniſſe (Vorvermächtniſſe), mögen ihnen die Objekte mit ausdrücklichen Vermächtnißworten, oder mit ſimplen Theilungsworten zugewendet ſein; in letzterem Falle werden die Theilungsworte als ſtillſchweigende verba fideicommissaria aufgefaßt (S. 173—193). III. Die Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae hat (ſoferne die rerum mentio nicht als demonstratio certarum partium her. erſcheint) mit der divisio bonorum Aehnlichkeit 1) in der Anordnung durch den Erblaſſer, wenigſtens ſoferne dieſer im Teſtamente unter ſeinen ſämmtlichen Teſtamentserben eine divisio bonorum vorgenommen hat. 2) in der rechtlichen Behandlung; insbeſondere werden die res certae wie die mit ſimplen Theilungsworten zugewendeten Objekte als ſtillſchweigende Präfideikommiſſe behandelt. 3) Dieſe Behandlung ſteht auch in einem hiſtoriſchen Zuſammenhange (S. 193—199).

§. 12. II. Die Folgeſätze.

I. Mit dem Tode des Erblaſſers ſind die Eingeſetzten zwar auf die ihnen detracta re geſchaffenen partes berufen, allein einen Anſpruch auf die res certae erhalten ſie nur dann, wenn ſie wirklich Erben werden und Erben bleiben, jede res certa iſt

aufzufaſſen als ein dem auf dieſelbe Eingeſetzten unter der ſtillſchweigenden Bedingung „si heres erit“ hinterlaſſenes Prälegat (S. 200—204). Folgen daraus (S. 204—208). — II. Geſtaltung, wenn die Eingeſetzten die Erbſchaft erworben haben. 1) Wie erwerben ſie die Prälegate der res certae? insbeſondere Rechtsmittel (S. 209—216). 2) Was iſt im einzelnen Falle als zu einer res certa gehörig zu betrachten? insbeſondere wenn auf Eigenthumsobjekte, auf Forderungen, auf ſog. universitates facti, auf dem Teſtator erworbene Erbſchaften (fr. 78 pr. D. de her. inst.) eingeſetzt iſt? (S. 216—225.)

§. 13. II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

III. Kann es ſein, daß einer der Eingeſetzten, obwohl Erbe geworden und geblieben, dennoch die ihm zugewendete res certa entweder gar nicht oder nicht vollſtändig erhält? A. Verhältniß, wenn der Teſtator mit Zuwendung einer res certa die für Vermächtniſſe beſtehenden Grenzen der Honorirung überſchritten hat. 1) Einfluß der Erbſchaftsſchulden auf das Bekommen der res certae (S. 225—226). 2) Pflichttheilsverletzung eines Eingeſetzten durch die Größe der einem Miterben zugewieſenen res certa. a) Der angeblich Verletzte muß ſich die ihm zugewendete res certa in den Pflichttheil einrechnen. Widerlegung der Anſicht, daß ein Notherbe ſich die ihm von dem Erblaſſer, wenn auch per institutionem zugewendeten res certae nicht in den Pflichttheil einzurechnen habe (S. 227—233). b) Art der Abhülfe der nach Einrechnung der res etwa noch vorhandenen Pflichttheilsverletzung (S. 233—237). 3) Kann derjenige Eingeſetzte, welcher aus ſeiner pars zu den res der Miterben ſo viel beizutragen hat, daß ihm nicht ein freies Viertel dieſer pars verbleibt, den res der Andern die Falcidiſche Quart abziehen? a) nach dem Rechte der Compilation allerdings, fr. 35 §. 1, fr. 78 pr. D. de her. inst. Die näheren Grundſätze (S. 237—241). b) Seit Nov. 1 c. 2 §. 2 fällt der Quartabzug, als der voluntas testatoris zuwider, weg (S. 241—244).

§. 14. II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

B. Verhältniß, wenn eine der res certae überhaupt nicht oder nicht dauernd und ſicher in dem Nachlaſſe vorhanden iſt. Inſofern hier die rei mentio nicht ein die Ernſtlichkeit des Willens ausſchließendes derisorium, oder einen für den Rechtsbeſtand der Einſetzung weſentlichen Irrthum enthält, bleibt die Erbeseinſetzung ſelbſt dennoch gültig (S. 245—248), und auch hinſichtlich des Bekommens geht der Eingeſetzte nicht leer aus. AA. Iſt noch ſo viel von dem Nachlaſſe unvertheilt

geblieben, daß daraus der Werth jenes mangelnden oder unsicheren Objektes präſtirt werden kann, ſo hat der Eingeſetzte einen direkten Anſpruch auf Leiſtung eines Werthäquivalents, dieß ſowohl dann, wenn 1) nach allgemeinen Vermächtnißgrundſätzen daſſelbe ſtattfinden (S. 249—253), als auch dann, wenn 2) nach gewöhnlichen Grundſätzen ein Vermächtnißnehmer hier leer ausgehen würde. Erörterung von fr. 77 §. 8 D. de leg. II (S. 253—281). BB. Iſt dagegen nicht ſo viel aus dem Nachlaſſe unvertheilt geblieben, daß daraus ein Aequivalent der mangelnden oder unſicheren res geleiſtet werden kann, iſt alſo durch Zuwendung der res certa die Erbſchaft überſchwert, dann hat der auf jene res Eingeſetzte keinen direkten Anſpruch auf ein Werthäquivalent gegen die Miterben, dafür aber braucht er denſelben auch nichts zu ihren res certae beizutragen, darf vielmehr das in ſeiner pars Enthaltene behalten, inſoferne nicht die Miterben ihm freiwillig ſo viel erſetzen wollen, als er erkennbarer Weiſe judicio testatoris erhalten ſollte (S. 281—289).

§. 15. II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

C. Verhältniß, wenn einer der Eingeſetzten den Anſpruch auf die res certa verliert durch Verzicht auf dieſelbe, durch Eintritt eines den Vermächtniſſen eigenthümlichen Indignitätsgrundes, durch veränderten Willen des Erblaſſers (S. 290—296). D. Verhältniß, wenn der Teſtator neben Anordnung der institutiones ex re certa zugleich Vermächtniſſe an Nichterben ausgeſetzt hat (S. 296—306).

Dritter Abſchnitt.

Der Fall, wenn neben einem oder mehreren gehörig Eingeſetzten Einer oder Einige auf res certae inſtituirt ſind.

§. 16. Einleitung. Die von der bisherigen Theorie hier benutzten Quellenzeugniſſe, vorläufig angegeben. Darſtellung der verſchiedenen Anſichten über die rechtliche Geſtaltung dieſes Falls. (S. 307—328.)

§. 17. Fortſetzung. (S. 328—340.)

§. 18. Die Anſicht des Verfaſſers.

Vorläufige Angabe derſelben, Plan der folgenden Ausführung (S. 341—343).

§. 19. I. Der Grundſatz.

A. Das Recht, abgeſehen von Juſtinian's c. 13 C. de her. inst.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

I. Daß der ex re Inſtituirte auch in dieſem Falle als Erbe gilt, läßt ſich 1) ſchon wegen der hohen Bedeutung der auch hier von dem Teſtator gewollten heredis institutio nicht anders erwarten. 2) Poſitiver Beweis: die allgemeine Haltung von fr. 35 pr. D. de her. inst., fr. 19 D. de lib. et post. und Nov. 107 c. 1; c. 1 C. Greg. fam. erc, insbeſondere aber Nov. 115 cap. 5 pr. (S. 344—353). — II. Die Art, wie er als Erbe aufrechterhalten wird, beſteht auch hier in Detrahiren der rei mentio. Dieß folgt 1) ſchon aus der juriſtiſchen Beſtimmung des Erben mit civiliſtiſcher Nothwendigkeit. 2) Poſitiver Beweis: die allgemeine Haltung von fr. 35 pr. D. de her. inst., insbeſondere aber c. 1 C. Greg. fam. erc. Deren Interpretation (S. 353—360). — Der ex re Inſtituirte gilt an ſich als heres sine parte scriptus, als heres ex certa parte scriptus nur dann, wenn der Teſtator mit der rei mentio eine demonstratio partis hered. beabſichtigt hat (S. 362—364).

§. 20. 2) Beſchränkung auf die res certa.

Inſoferne nicht die rei mentio als bloße demonstratio certae partis aufzufaſſen iſt, hat der ex re Inſtituirte die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria als ſtillſchweigendes Univerſal-Fideikommiß an die gehörig Eingeſetzten zu reſtituiren, und erhält die res certa als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß (S. 364—367). Beweis. I. Nach den Principien des Röm. Erbrechts iſt dieſer Weg der Beſchränkung als ein normaler möglich, zugleich iſt ein anderer Weg in normaler Weiſe nicht möglich (S. 368—375). II. Dieſelbe Behandlung finden wir für die in dem erſten und zweiten Abſchnitte enthaltenen Fälle der institutio ex re certa, inſoferne dort die Beſchränkung, und zwar die totale Beſchränkung auf die res certa möglich wird (S. 375—377). III. Die Quellen ſtellen unſern Fall der inst. ex re certa ausdrücklich auf Eine Linie mit gewiſſen andern Verfügungen, welche anerkannt denſelben Effekt haben. Fr. 69 pr. D. de leg. II (S. 377—381). — Anders realiſirt ſich die Beſchränkung 1) da, wo der ex re Inſtituirte zu Gunſten eines Nichterben auf die res beſchränkt iſt, 2) da, wo er excepta certa re inſtituirt iſt (S. 382—383). — Während ſich in jenem eigentlichen Falle die angegebene Beſchränkung erſt ſeit erſtarkter Fideikommißtheorie realiſirt, erhielt vorher und bis dahin der ex re Inſtituirte die ihm auch hier mindeſtens ſchon zur Zeit des Aquillius Gallus detracta re geſchaffene pars her. in dem jud. fam. erc. verwerthet (S. 384).

§. 21. B. Juſtinian's const. 13 Cod. de her. inst.

I. Interpretation des einleitenden Theils dieſer Verordnung (S. 385—394). II. Der dispoſitive Theil. Sein juriſtiſcher Sinn geht dahin: die fideikommiſſariſche Reſtitution der dem ex re Inſtituirten detracta re geſchaffenen pars hereditaria ſoll als ſchon von vornherein kraft Geſetzes auf die partes der gehörig Eingeſetzten geſchehen angeſehen werden (S. 395—415).

§. 22. II. Die Folgeſätze.

Vorbemerkung (S. 416—417). — Verhältniß bei der Teſtamentserrichtung: der ex re Inſtituirte kann nicht Zeuge bei dieſem Teſtamente ſein; er iſt als Notherbe gültig eingeſetzt (S. 417—418). — Verhältniß nach des Erblaſſers Tod. Stellung der gehörig Eingeſetzten. Kraft Geſetzes iſt ſchon von vornherein ihnen allein die hereditas in den vermögensrechtlichen Beziehungen praktiſch deferirt. Folgen rückſichtlich der Größe ihrer praktiſchen partes hereditariae, rückſichtl. der commoda und incommoda her., rückſichtl. Accrescenzrechts beim Wegfalle eines oder mehrerer der gehörig Eingeſetzten (S. 418—422). — Stellung des ex re Inſtituirten. Seine Stellung zur Erbſchaft. Er iſt noch im neueſten Rechte wirklicher Erbe, wird aber 1) bei wirklicher oder noch zu erwartender Conkurrenz wenigſtens Eines der gehörig Eingeſetzten von vornherein rückſichtl. der Vermögensbeziehungen nicht praktiſch als Erbe behandelt (S. 423), während er 2) beim Wegfalle ſämmtlicher gehörig Eingeſetzter jure accr. zur ganzen Erbſchaft gerufen iſt (S. 424).

§. 23. II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

Der Anſpruch des ex re Inſtituirten auf die res certa. I. Er erhält dieſen Anſpruch nur dann, wenn er wirklich Erbe wird, die res iſt aufzufaſſen als ein ihm unter der ſtillſchweigenden Bedingung „si heres erit“ hinterlaſſenes Vermächtniß (S. 425). II. Von wem und woraus iſt die res certa zu präſtiren? A. Auf welchen direkten partes laſtet die Präſtation der res certa? Beſteht die res in einer in der Erbſchaft enthaltenen species, dann iſt ſie pro rata aus den direkten partes der gehörig Eingeſetzten und aus der reſtituirten pars des ex re Inſtituirten zugleich zu entrichten; beſteht dagegen die res in einer generiſchen Geldſumme, dann wird ſie zunächſt lediglich aus der reſtituirten pars des ex re Inſtituirten bezahlt, und nur der hiernach noch bleibende Reſt der Geldſumme haftet auf den direkten partes der gehörig Eingeſetzten. Erklärung und Anwendung von fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. und fr. 77 pr. D. de leg. II (S. 427—431). B. Wie geſtaltet es ſich mit dem Anſpruche auf die res certa,

soweit deren Präſtation nach dem ſoeben Bemerkten auf der reſtituirten pars des ex re Inſtituirten ruht? Erörterung über das juriſtiſche Schickſal der einem Fiduciar hinterlaſſenen Vermächtniſſe, ſoweit deren Objekt in der von ihm zu reſtituirenden Erbſchaft oder Erbportion liegt; insbeſondere Erklärung von fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb., Vereinigung dieſer Stelle mit fr. 86 D. ad leg. Falc. (S. 432—441). III. Erwerb und Geltendmachung des Vermächtniſſes der res certa, insbeſondere Zutritt des ex re Inſtituirten zu dem judicium fam. erc. (S. 441—444.)

§. 24. II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

IV. Kann es ſein, daß der ex re Inſtituirte, obwohl Erbe geworden und Erbe geblieben, dennoch die res certa entweder gar nicht, oder nicht vollſtändig erhält? A. Verhältniß, wenn der Teſtator durch Zuwendung der res die für Vermächtniſſe beſtehenden Grenzen der Honorirung überſchritten hat. 1) Einfluß der Erbſchaftsſchulden auf das Bekommen der res certa (S. 445). 2) Pflichttheilsverletzung eines der gehörig Eingeſetzten durch die Größe der res certa (S. 446). 3) Die gehörig Eingeſetzten können der res certa vorkommenden Falls die Falcidiſche Quart abziehen, nicht nur in dem Rechte der Compilation, ſondern auch, wenigſtens im Zweifel, noch ſeit Nov. 1 c. 2 §. 2 (S. 447—450). B. Verhältniß, wenn die res certa gar nicht oder nicht dauernd und ſicher in dem Nachlaſſe vorhanden iſt. Inſoferne die rei mentio nicht ein die Ernſtlichkeit des Willens ausſchließendes derisorium, oder einen für den Rechtsbeſtand der Einſetzung weſentlichen Irrthum enthält, bleibt die Einſetzung ſelbſt auch hier gültig, und auch rückſichtlich des Bekommens geht der Eingeſetzte nicht leer aus; letzteres jedoch in etwas anderer Art als da, wo zugleich ſämmtliche Miterben (§. 14) auf res certae eingeſetzt ſind: mag die Erbſchaft überſchwert ſein oder nicht, immer hat der ex re Inſtituirte einen direkten Anſpruch auf ein Werthäquivalent der res, jedoch dieß mit Einhalten der unter A angegebenen Grenzen der Honorirung. Nur dann, wenn die res total unkenntlich bezeichnet iſt, erhält der Eingeſetzte den Werth der ihm detr. re geſchaffenen pars (S. 452—457). C. Verhältniß, wenn der Inſtituirte den Anſpruch auf die res certa verliert durch Verzicht auf dieſelbe, durch Indignität, durch veränderten Willen des Erblaſſers (S. 458). D. Muß der Eingeſetzte unter Umſtänden durch Concurrenz von Vermächtniſſen zu Gunſten Andrer die res certa theilweiſe, vielleicht gar ganz einbüßen? 1) Bei Vermächtniſſen, welche auf der Erbſchaft ſelbſt ruhen; 2) bei Vermächtniſſen, welche der Teſtator

speciell dem ex re Inſtituirten auferlegt hat (S. 459—461). E. Den ex re inſtituirten Descendenten des Erblaſſers trifft vorkommenden Falles die in Nov. 18 c. 6 eingeführte teſtamentariſche Collationspflicht (S. 461—465).

§. 25. II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

V. Bekommt der ex re Inſtituirte (bei fortdauernder Concurrenz wenigſtens Eines der gehörig Eingeſetzten) unter Umſtänden mehr als die res certa? Durch veränderten Willen des Erblaſſers (S. 465); kraft geſetzlicher Beſtimmung: 1) Pflichttheilsverletzung des ex re Inſtituirten (S. 466). 2) Er hat einen Anſpruch auf die Trebellianiſche Quart ſeiner reſtituirten Erbportion zwar nach dem Rechte der Compilation, (auch noch nach c. 13 C. de her. inst.), allein nicht mehr ſeit Nov. 1 c. 2 §. 2 (S. 467—470). [Soweit der ex re Inſtituirte, wenn er ſeine pars behielte, den aus ihr zu entrichtenden Vermächtniſſen die Falcidia abziehen dürfte, ſoweit ſteht den gehörig Eingeſetzten dieſes Quartrecht zu (S. 471—472)]. 3) Der ex re inſtituirte Descendent participirt vorkommenden Falles an dem teſtamentariſchen Collationsrecht (S. 472).

§. 26. Rückblick auf das erſte Kapitel. Ueberſichtliche Rekapitulation der (grundſätzlichen) Reſultate. Stellung der institutio ex re certa in dem Syſteme des Römiſchen Erbrechts (S. 473—484.)

Zweites Kapitel.

Die institutio ex re certa in dem Teſtamente eines miles.

§. 27. Einleitung. Der allgemeine Geſichtspunkt.

Die ſinguläre Art und Weiſe, wie der Soldat ſeit der Kaiſerzeit bei Vornahme von Erbeseinſetzungen ſeinen Nachlaß auffaſſen darf (S. 485—489). — Wie iſt es dem Römiſchen Rechte möglich geworden, dem Soldaten ſolche Privilegien zuzugeſtehen? (S. 489—493). — Der für die Geſtaltung, insbeſondere für die ſinguläre Geſtaltung der institutiones ex re certa in dem Soldatenteſtamente maaßgebende Geſichtspunkt: die res certa erſcheint hier als Inhalt einer von dem Soldaten ſich per institutionem abgegrenzten Separat-Perſönlichkeit, es entſtehen quasi plurium hominum plures hereditates (S. 494—506). Eben

ſolche Separat-Perſönlichkeiten entſtehen dann, wenn der Soldat pro parte teſtirt hat, oder aus mehreren Teſtamenten gleichzeitig beerbt wird (S. 506). Verſöhnung der dem Gegenſtande nach ſcheinbar abnormen Soldatenerben mit der von dem jus commune geforderten Bedeutung des heres als eines successor per universitatem (S. 507—508). — Die Folgen aus dem gewonnenen ſingulären Geſichtspunkte (S. 508—515).

§. 28. Die einzelnen Fälle der institutio ex re certa in dem Teſtamente eines miles.

Wann realiſiren ſich dieſe Einſetzungen jure communi, wann nach dem angegebenen Geſichtspunkte des jus militare? (S. 515—525.)

§. 29. Dauer der ſingulären Gültigkeit der institutiones ex re certa in dem Teſtamente eines miles (S. 525—526).

§. 30. Schlußbetrachtung.

Rückblick auf die Begriffsbeſtimmung der institutio ex re certa, heutiges Vorkommen dieſer Verfügung, heutige Anwendung der römiſchen Grundſätze über dieſelbe. I. Wann erſcheint eine Erbeseinſetzung als institutio ex re certa? (S. 527—535.) II. Wann erſcheint Zuwendung einer res certa als Erbeseinſetzung, und nicht als Vermächtniß? Die Gleichgültigkeit in Wahl der Berufungsworte bei heutigen letzten Willensordnungen; Erklärung dieſer Gleichgültigkeit aus dem Gegenſatze der römiſchen und germaniſchen Anſchauung über Bedeutung der Succeſſionen auf den Todesfall (S. 536—541). Anhaltspunkte für richtige Auffaſſung des Willens heutiger Erblaſſer bei letztwilligen Zuwendungen, Realiſirung dieſes Willens unter Wahrung der Principien des Römiſchen Erbrechts (S. 541—548).

Insbeſondere von dem Falle, wenn Jemand auf den Nießbrauch, nach ſeinem Tode aber ein Andrer zum Erben eingeſetzt iſt (S. 548—556)

Quellenregiſter.

(Nur diejenigen Stellen ſind hier angegeben, welche entweder ausführlich erklärt ſind, oder zu deren Erklärung etwas beigetragen iſt.)

I. Vor- und nachjuſtinianeiſche Rechtsquellen.

Paulus Sentent. receptae.
Lib. 4 Tit. 1 §. 11. (Seite 182, Note 36.)
Lib. 4 Tit. 3 §. 2. (S. 103.)
Codex Gregorianus.
Lib. 3 Tit. 4*) de familiae erc. et comm. dividundo.
const. 1. (S. 355 ff.)
Theophilus Paraphrasis.
Lib. 2 Tit. 17 §. 3. (S. 77. 85.)
Julianus Epitome Novellarum.
Const. C, Nro. 1. (S. 195.)
Const. CVII, Nro. 5. (S. 350.)
Basilica.
Lib. 35 Tit. 11 l. 29. (S. 77. 166.)

II. Juſtinianeiſche Rechtsquellen.

1) Inſtitutionen.

Lib. 2 Tit. 17 quib. mod. test. infirm. §. 3. (S. 74 ff.)
Lib. 2 Tit. 23 de fideic. hered. §. 9. (S. 96. 98.)
Lib. 2 Tit. 25 de codicillis. §. 1. (S. 89, Note 30.)

2) Pandekten.

Lib. 10 Tit. 2 familiae ercisc. fr. 33. (S. 276.)
Lib. 28 Tit. 2 de lib. et post. fr. 19. (S. 50 ff. 347 ff.)
Lib. 28 Tit. 5 de hered. instituendis.
fr. 1 §. 4. (S. 23.)
fr. 9 §. 13. (S. 133. 134. 138. 139. 140.)
fr. 10. (S. 135—136. 139—140.)
fr. 11. (S. 133.)
fr. 35. Im Allgemeinen. (S. 127 ff.)
— princ. (S. 59. 130. 131. 151. 152. 158—163. 346.)
— §. 1. (S. 147—149. 153, Note 12. S. 156—157. 226. 238. 239. 299—300. 303. 304.)
— §. 2. (S. 130. 132. 137.)
— §. 3. (S. 219—220.)
fr. 74. (S. 37 ff. 71 ff.)
fr. 78 pr. (S. 132—133. 149—150. 152. 153, Note 12. S. 221—224. 504, Note 32.)
Lib. 28 Tit. 6 de vulg. et pup. subst. fr. 41 §. 8. (S. 23. 53 ff.)
Lib. 29 Tit. 1 de test. milit.
fr. 17 pr. (S. 152, Note 11. S. 521 ff.)
— §. 1. (S. 497. 513 ff. 521 ff.)
fr. 19 pr. (S. 506, Note 38.)
Lib. 30 de legat. I.
fr. 4 §. 1. (S. 297—298.)
fr. 90 §. 1. (S. 203.)
Lib. 31 de leg. II.
fr. 69 pr. (S. 66, Note 8. S. 379 ff.)
fr. 77 pr. (S. 428 ff.)
fr. 77 §. 8 (S. 176. 184. 185. 255—271. 288.)

*) Nach dem Berliner Jus civ. antejust.

fr. 86 pr. (S. 66, Note 9. S. 93, Note 1. S. 383.)
Lib. 32 de legat. III.
fr. 29 §. 3 D. (S. 257, Note 27.)
Lib. 33 Tit. 1 de annuis legat.
fr. 21 §. 5. (S. 178.)
Lib. 34 Tit. 4 de adimendis vel transf. leg.
fr. 23. (S. 175.)
Lib. 34 Tit. 9 de bis, quae ut indign.
fr. 15. (S. 176.)
Lib. 35 Tit. 2 ad leg. Falcidiam.
fr. 30 §. 7. (S. 111 in der Note.)
fr. 86. (S. 433 ff.)
fr. 91. (S. 111 in der Note.)
Lib. 36 Tit. 1 ad Sct. Trebell.
fr. 1 §. 16. (S. 113 ff. 277 in der Note.)
fr. 16 §. 6. (S. 501 ff. 509, Note 41.)
fr. 18 §. 3. (S. 433 ff., beſ. 439. 440.)
fr. 29. (S. 74 ff.)
fr. 58 §. 3. (S. 428 ff.)
fr. 72. (S. 265, Note 34. S. 274 in der Note, S. 453.)
Lib. 37 Tit. 11 de bon. poss. sec. tab.
fr. 8 §. 1. (S. 54, Note 18.)
Lib. 49 Tit. 17 de castr. pec. (S. 24 ff.)

3. Codex.

Lib. 3 Tit. 36 familiae ercisc.
const. 16. (S. 182, Note 36.)
const. 21. (S. 173, Note 20, S. 183 in der Note.)
const. 24. (S. 109, Note 27a, S. 469, Note 4. 5. 6.)
Lib. 6 Tit. 24 de hered. instituendis.
const. 13. (S. 385 ff.)
const. 14. (S. 224.)
Lib. 8 Tit. 37 de litigiosis.
const. 3. (S. 212—214. 277.)

4) Novellen.

Nov. 1 c. 2 §. 2 (S. 116 ff. 241 ff. S. 453.)
— 107 c. 1. (S. 195. 348 ff.)
— 112 c. 1. (S. 278—279.)
— 115 c. 5 pr. (S. 228. 349 ff. 466.)

Die

Heredis institutio ex re certa.

Einleitung.

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen über das Weſen der Beerbung nach Römiſchem Rechte.

Das Römiſche Recht ſetzt das Weſen der Beerbung in Repräſentation der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Verſtorbenen; der Erbe tritt in die Rechtsſphäre des Erblaſſers als in ein Ganzes [1]), er wird mit demſelben juriſtiſch Eine vermögensrechtliche Perſon [2]).

Der Grund dieſer Auffaſſung iſt eigentlich ſchon damit gegeben, daß überhaupt eine Beerbung anerkannt iſt, d. h. daß anerkannt iſt, die Vermögensverhältniſſe eines Verſtorbenen ſollen nicht untergehen, ſie ſollen erhalten und auf Andere übertragen werden, — inſoferne man nämlich dabei mit dem Römiſchen Rechte von einer richtigen Anſicht über das Weſen der Rechtsverhältniſſe, über den Zuſammenhang derſelben mit ihrem Subjekte ausgeht.

---

[1]) Fr. 24 D. de verb. sign. (50, 16) : nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. — Fr. 62 D. de reg. jur. (50, 17).

[2]) Fr. 22 D. de usuc. (41. 3); heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. — Fr. 59 D. de reg. jur. (50. 17) : heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. — Nov. 48 praef. : — — quum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit.

Hiernach haben Vermögensrechte, wie überhaupt Rechtsverhältniſſe als ſolche, eine wirkliche Exiſtenz nur durch Beziehung zu ihrem Subjekte. Mit Aufhören des Subjekts ſind daher an ſich und nach natürlicher Betrachtung auch die Rechtsverhältniſſe deſſelben erloſchen, die Eigenthumsobjekte werden herrnlos, die Forderungen und Schulden verſchwinden ganz und gar. Sollen alſo, der Aufgabe des Erbrechts zufolge, die Vermögensverhältniſſe dennoch über den Tod ihres bisherigen Subjekts hinaus erhalten und auf Andere übertragen werden, ſo muß das Subjekt ſelbſt, obwohl phyſiſch nicht mehr vorhanden, vermöge juriſtiſcher Fiktion als forterhalten gedacht werden, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers muß fortdauern; zunächſt dieſe, das juris nomen[3]) der hereditas, wird auf den Erben übertragen, erſt hierdurch vermittelt gehen auf ihn nunmehr auch die einzelnen, ſo conſervirten, Vermögensverhältniſſe des Verſtorbenen über, per hereditatem res hereditariae ad heredem transeunt.

Der ſoeben ganz allgemein behauptete Zuſammenhang der Rechtsverhältniſſe mit ihrem Subjekte tritt theils für beſtimmte Beziehungen, theils für beſtimmte Arten derſelben noch ganz beſonders bemerklich hervor. Zunächſt für die Forderungen und Schulden. Dieſe, deren Mitaufnahme in die Vererbung ſich als dringendes Bedürfniß für dauernden und ſicheren Verkehr geltend macht, leiden, ihrer relativen Natur wegen, ſelbſt unter Lebenden keinen Uebergang als Einzelnheiten auf Andere, keine successio singularis[4]); ſollen ſie alſo überhaupt fähig werden,

---

[3]) Fr. 50 pr. D. de her. pet. (5. 3). Fr. 119, fr. 178 §. 1, fr. 208 D. de verb. sign. (50. 16), ſ. unten Note 11—13.

[4]) Gaj. II, §. 38. 39. Durch novatio iſt allerdings für eine obligatio als Einzelnheit Perſonenwechſel möglich, allein hier erliſcht die obligatio, eine neue entſteht ſtatt der alten. Soll die alte beſtehen bleiben, ſo iſt für die aktive Seite der obligatio nur Ueberlaſſen der Geltendmachung ihrer materiellen Vortheile möglich, durch wirkliches oder fingirtes manda-

auf Andere überzugehen, so kann dieß nur dadurch geschehen, daß man die Persönlichkeit des bisherigen creditor, beziehungsweise debitor als nicht erloschen, als in den Successor übergegangen denkt, so daß dieser darum, als Repräsentant des Verstorbenen, Gläubiger und Schuldner wird, wo es der Erblasser war. — Aber selbst für corpora, obwohl dingliche Rechte in der Regel unabhängiger von der Existenz ihres jeweiligen Inhabers, und daher auch als Einzelnheiten übertragbar sind, können Beziehungen zur Person des bisherigen Inhabers vorliegen, welche den Uebergang des Rechts auf Andere nur dadurch möglich machen, daß jene Beziehung zu ihrem ursprünglichen Subjekt als fortdauernd gedacht wird [5]). Ja, überhaupt die Bestandtheile eines Vermögens betrachtet, sie lassen sich nicht als etwas Abgeschlossenes, also todt Daliegendes auffassen, sie sind einer Veränderung, Vermehrung, Verminderung fähig, deren juristische Keime vielleicht schon längst, schon bei Lebzeiten des Erblassers, vorhanden waren [6]), aber erst in der Zukunft, oft erst spät und ungewiß, ob und wann, ihre Wirkung äußern werden; der Uebergang auch dieser juristischen Veränderlichkeiten

---

tum in rem propriam (cessio), das aber den Cessionar nur zum procurator (in rem suam), nicht zum successor macht; für die passive Seite ist nicht einmal ein solcher indirekter, den Gläubiger bindender Ausweg möglich.

[5]) Fr. 62 D. de acq. rer. dom. (41, 1) : quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Fr. 1 §. 1 D. de fund. dot. (33. 5).

[6]) Man denke z. B. an conditio usucapiendi zum Nachtheil oder Vortheil des Erblassers, an Suspensiv- oder Resolutivbedingungen, an Zeitbestimmungen, deren Festsetzung in der Vergangenheit liegt. Zum Theil mit Rücksicht hierauf, zum Theil aber allerdings auch mit Rücksicht auf ganz neue, erst nach dem Tode des Erblassers eingetretene Ereignisse ist es zu verstehen, wenn gesagt wird, die hereditas lasse ein augmentum und eine deminutio, eine accessio und decessio zu. Fr. 20 §. 3 D. de hered. pet. (5. 3). Fr. 178 §. 1 D. de verb. sign. (50. 16).

kann, wenn wirklich das Vermögen, so wie es bei dem Erblasser war, übergehen soll, nur durch Annahme der Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit bewirkt werden [7]).

Die Folge jener Auffassung zeigt sich darin, daß die Beerbung sowie als unabhängig von Zeit [8]), so auch als unab-

---

[7]) Daß diejenigen Vermögensverhältnisse, welche ihrer besondern Natur nach an die Individualität des bisherigen Subjekts gebunden sind, sowie die das Vermögen überhaupt nicht berührenden Rechtsverhältnisse aus dem Kreise der Vererbung ganz und gar ausgeschieden bleiben, bedarf hier keiner Erörterung, s. darüber v. Savigny, Syst. Bd. II, S. 91 ff., Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XLIII, S. 4 ff.

[8]) Als unabhängig von der Zeit insofern, als die in jener Auffassung liegende Idee einer vermögensrechtlichen Unsterblichkeit es mit sich bringt, daß 1) bis zum Antritte der Erbschaft durch den Erben die Persönlichkeit des Erblassers als in der hereditas jacens fortlebend betrachtet wird, §. 2 J. de her. inst. (2. 14) pr. J. de stip. serv. (3. 17). Fr. 15 pr. D. de interrog. (11. 1), fr. 31 §. 1 D. de her. inst. (28. 5), fr. 33 §. 2, fr. 34 D. de acq. dom. (41. 1), fr. 22 D. de fidej. (46. 1); denn untergehen darf sie unterdessen nicht, etwas Todtgewordenes kann nicht wieder aufleben. In diesen Gesichtspunkten liegen zugleich die, unsrer Ansicht nach mit Recht, von Puchta (Pandekten §. 447 und Vorlesungen zu diesem Paragraphen) hervorgehobenen Anstände gegen die abweichenden Meinungen von v. Savigny Syst. Bd. II, §. 102 und Jhering, Abh. Nr. III.; 2) daß ferner, wenn der Erbe einmal Erbe geworden ist, er nicht wieder aufhören kann, Erbe zu sein, sowie daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers auch auf die Erbeserben, und nur auf diese, durch alle Generationen übergeht, fr. 7 §. 2 D. de acq. vel om. her. (29. 2), fr. 65, fr. 70 D. de verb. sign. (50. 16), fr. 194 D. de reg. jur. (50. 17), c. 14 C. de her. inst. (6. 24); — — antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem, Puchta, Pandekten §. 447 a. E. und Vorlesungen dazu, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. XXXV, S. 77—80; dies wird praktisch wichtig, so lange noch vermögensrechtliche Nachwirkungen aus der Zeit des ursprünglichen Erblassers sich zeigen, was geschehen kann, auch wenn längst keine Erbschaftssachen mehr sich bei dem Erben und den Erbeserben finden, z. B. fortdauernde Verpflichtung, facta defuncti zu prästiren u. s. w. — Dagegen der Satz, daß das Recht des Erben, wie spät er auch die Erbschaft antrete, juristisch doch immer auf den Tod des Erblassers zurückbezogen wird, fr. 54 D. de acq. vel om. her. (29. 2), fr. 138 pr., fr. 193 D. de reg. jur. (50. 17) ist nicht sowohl Folge jener vermögensrechtlichen Unsterblichkeit, und nicht Eigenthümlichkeit der Universal-

hängig von räumlichem Gegenſtande gedacht wird, der Gegenſtand der Beerbung, die Erbſchaft, hereditas in dieſem Sinne, erſcheint als ein ideelles Begriffsganzes, als eine universitas[9]). So wenig nun eine universitas personarum mit den einzelnen Mitgliedern der universitas zu thun hat, ſo wenig ſie aus der Totalität aller jetzt lebenden Mitglieder beſteht, ſo wenig beſteht dieſe Vermögens-universitas aus den einzelnen materiellen Beſtandtheilen des Vermögens, oder auch nur aus dem Aggregate derſelben, ſie iſt etwas von dieſen Beſtandtheilen verſchiedenes Drittes, das dieſe wohl nach ſich zieht, aber nicht aus ihnen ſeinen Begriff bildet, ſie iſt die vermögensrechtliche Stellung des Erblaſſers zu allen denjenigen Vermögensbeziehungen, welche bei ſeinen Lebzeiten, wenn auch nur im Keime, aktiv und paſſiv coneret geworden ſind[10]), d. h. eben ſeine vermögensrechtliche Perſönlichkeit, oder, wie man es auch ausdrücken darf, ſeine Vermögensherrlichkeit, beſtehend durch rechtliche Auffaſſung, als juris nomen[11]). Ihre Unabhängigkeit von Qualität und

---

Succeſſion, ſondern Folge des Begriffes der Succeſſion überhaupt; dieſer fordert, daß das ſpätere Recht der Zeit nach unmittelbar auf das frühere folgt. v. Savigny, Syſt. Bd. III, S. 9.

[9]) Fr. 208 D. de verb. sign. (50. 16) : bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac jus succcssionis, et non singulas res demonstrat.

[10]) Fr. 3 pr. §. 1 D. de bon. poss. (37. 1) : bona autem hic ita accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. (§. 1.) Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo rescribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. So bezeichnet auch der Ausdruck omnium bonorum hereditas, fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28. 5), daß die hereditas etwas von den bona Verſchiedenes iſt.

[11]) Fr. 178 §. 1 D. de verb. sign. (50. 16) : hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit.

Quantität der etwaigen materiellen Beſtandtheile des Nachlaſſes zeigt ſich darum auch darin, daß ſelbſt wo keine corpora [12]), wo überhaupt keine activa vorhanden ſind, es doch eine Erbſchaft bleibt, und ebenſo, daß ſelbſt ein überſchuldetes Vermögen eine Erbſchaft bildet [13]).

Gerufen iſt daher der Erbe zur successio per universitatem, d. h. nicht auf die einzelnen Nachlaßbeſtandtheile, nicht auf deren Aggregat, ſondern auf ein einziges Begriffsganzes (universitas) [14]), weßhalb denn auch ſein Succediren durch einen einzigen ungetheilten Erwerbsakt geſchieht. Freilich mit dem Eintritt in das jus defuncti (per universitatem) gehen auf ihn auch res hereditariae über, allein dieß iſt wohl das von ſelbſt Folgende, aber nicht das Weſentliche. Zwiſchen Gerufenſein und Bekommen, beziehungsweiſe Behalten, iſt rechtlich ein großer Unterſchied; es kann ſein, der Erbe, obwohl gerufen und Erbe geworden, bekommt nichts, dieß nicht bloß da, wo ſein Recht durch Exceptionen vereitelt, oder als gar nicht vorhanden betrachtet wird (wo er überhaupt nicht als Erbe behandelt wird), ſondern auch wenn die Erbſchaft keine Aktiva enthält, vielleicht gar eine hereditas damnosa iſt; es kann ferner ſein, er muß das, was er bekommt, zum Theil, ja ganz an Andere wieder herausgeben, beſonders in Folge ihm auferlegter Singular- oder Univerſal-Vermächtniſſe; ja es kann endlich ſein, er be-

---

[12]) Fr. 50 pr. D. de her. pet. (5. 3) : hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

[13]) Fr. 119 D. de verb. sign. (50. 16) : hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem, juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio. — Fr. 3 pr. D. de bon. poss. (37. 1) oben S. 5, Note 10. Nur müſſen Aktiva möglich geweſen ſein, ſonſt war der Verſtorbene kein Rechtsſubjekt.

[14]) Fr. 37 D. de acq. vel om. her. (29. 2) : heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeunt.

kommt Beſtandtheile, zu denen er als Erbe gar nicht gerufen war, dieß dann, wenn er Theilerbe iſt, und ihm zugleich ein Prälegat hinterlaſſen wird, oder ihm der Miterbe ſeine Portion als fideicommissum hereditatis zu reſtituiren hat.

Obwohl nun der Erbe auf die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers als ein Ganzes gerufen iſt, ſo kann und muß doch eine Theilung dann eintreten, wenn mehrere Erben zugleich[15]) gerufen ſind und erwerben; allein auch

---

[15]) Die rechtliche Möglichkeit von Miterben, alſo die Theilbarkeit der hereditas, ſteht mit der Bedeutung der Beerbung als Berufung auf das Ganze nicht im Widerſpruch, rechtfertigt ſich vielmehr im Einklang mit dem Bisherigen ſo: die hereditas iſt nicht das Aggregat der wirklichen Beſtandtheile der Erbſchaft, ſondern die über jedem einzelnen und zugleich über allen Beſtandtheilen ſtehende rechtliche Stellung des Erblaſſers zu denſelben; vererblich ſind nun nur Vermögensbeziehungen; eine jede Vermögensbeziehung aber läßt zu, daß nicht bloß ein Einzelner, ſondern auch daß Mehrere an ihr participiren, was ſich freilich bei den einzelnen Vermögensbeziehungen in verſchiedener Art geſtaltet, bei dem Eigenthum entſteht condominium pro indiviso, ein ähnliches Verhältniß bei Emphyteuſis und Superficies; Pfandrecht und Realſervituten begründen ſolidariſche Berechtigung der mehreren Subjekte, Obligationen begründen je nach Umſtänden bald ſolidariſche, bald blos ratenweiſe Berechtigung und Verpflichtung Mehrerer. Es iſt alſo ganz thunlich, daß die rechtliche Stellung, die der Erblaſſer als alleiniges Subjekt zu ſeinen Vermögensbeziehungen einnahm, unter mehrere Perſonen getheilt wird, was dann bei den Miterben für jeden der einzelnen Vermögensbeſtandtheile die angegebene Geſtaltung conſequent zur Folge haben muß, wie wir es auch in der That finden, nur daß für Forderungen und Schulden die 12 Tafeln ganz allgemein Theilung jeder einzelnen pro rata hereditaria ausſprechen, ſo daß Solidarität nur da eintritt, wo es das untheilbare Objekt der obligatio nicht anders möglich macht, dagegen nicht auch da, wo ſonſt noch, wenn unter Lebenden die obligatio gleich anfangs unter mehreren entſtanden wäre, ein Solidarverhältniß ſich geſtaltet hätte. — So wie nach dem Bisherigen die Concurrenz von Miterben ſich einfach juriſtiſch rechtfertigt, ſo war auch ihr faktiſches Vorkommen bei den Römern eine ſchon der früheſten Zeit angehörende natürliche Thatſache, wenn man nur an die legitima hereditas mehrerer gleich nahe ſtehender, z. B. mehrerer sui heredes, denkt; bei der testamentaria hereditas dagegen ſcheint urſprünglich immer nur Ein Erbe ernannt worden zu ſein, wenigſtens weiſt

hier macht ſich die Berufung eines jeden einzelnen Erben zur successio in universum jus defuncti geltend, und zwar vornehmlich in drei Beziehungen. Zunächſt erſcheint eine Concurrenz von Miterben überhaupt nur da ſtatthaft, wo ſie aus einem und demſelben Berufungsgrund hervorgeht[16]), daher einerſeits nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[17]), und andererſeits Niemand aus mehreren Teſtamenten zugleich beerbt werden kann[18]). Sodann iſt jeder der Miterben

---

darauf die urſprüngliche Stellung des familiae emtor (Gaj. II, §. 103) hin, und vielleicht (Leiſt, die bon. possessio Bd. I, S. 151) war eine der Veranlaſſungen, dem familiae emtor ſpäter eine andere Stellung zu geben, gerade mit die Rückſicht, dem Teſtator die Ernennung mehrerer Erben möglich zu machen.

[16]) Cicero de inventione II, 21. Unius pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

[17]) Fr. 7 D. de reg. jur. (50. 17.) Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. — Anwendungen in fr. 15 §. 2 D. de inoff. test. (5. 2), fr. 6. fr. 19 pr. fr. 37 D. de test. mil. (29, 1.) — Fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49, 17) §. 5 J. de her. inst. (2. 14.)

[18]) Ulp. XXIII, §. 2. Gaj. II, §. 144. §. 2 J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.) Fr. 1 D. de injusto (28. 3). Keiner dieſer zwei Sätze iſt Formalismus, beide ſind Conſequenzen aus dem Princip, und zwar beruhen beide auf einem und demſelben Fundamente; das entferntere Fundament iſt die obige Bedeutung der Beerbung überhaupt, das nähere iſt die Bedeutung des Teſtirakts, worin ſich wieder die Bedeutung der Beerbung überhaupt ſpiegeln muß. Der Teſtirakt iſt die cum observantia legum gegebene Willenserklärung, wer Erbe ſein ſoll, an der Bedeutung und Beſtimmung des Erben kann dabei nichts geändert werden. Nun kann der Erblaſſer zwar mehrmals ſeinen Willen ausſprechen (ambulatoria est enim voluntas usque ad vitae supremum exitum fr. 32 §. 3 D. de don. int. vir. et ux. (24. 1), allein ſo oft er ihn, der immer auf das Ganze geht, ausſpricht, muß die frühere Willenserklärung als Erbeseinſetzung ſinken, und eben ſo, ſo oft er ihn ausſpricht, können nur die Teſtamentserben gerufen ſein, ſelbſt wenn er dabei gewollt hätte, daß daneben Inteſtaterbfolge eintreten ſolle; er hätte dann dieſen Theil ſeines Willens sine observantia legum ausgeſprochen, er hätte die Inteſtaterben daneben durch ge-

an und für ſich dennoch auf das Ganze berufen, die Theile geben nur den Maaßſtab für die Theilnahme der Erben an den Vermögensbeziehungen des Erblaſſers auf den Fall ab, daß alle Gerufene auch wirklich erwerben; fällt dagegen Einer oder fallen Mehrere weg, ohne erworben, und ohne z. B. im Subſtituten einen Stellvertreter hinterlaſſen zu haben, dann accrescirt die nun vacant gewordene Portion des Weggefallenen den Uebrigen mit Rechtsnothwendigkeit[19]), eben weil ſchon von Anfang an jeder auf das Ganze gerufen war, und nur durch wirkliche Concurrenz Gleichberechtigter ſein Recht beſchränkt wird (partes solo concursu fiunt)[20]). Endlich und hauptſächlich ſind die Theile, zu denen die Miterben zunächſt gerufen ſind, wieder nicht qualitativ, ſondern quantitativ verſchieden von dem Ganzen, ſowie das Ganze, ſo ſind auch die Theile unabhängig von den einzelnen materiellen Beſtandtheilen des Nachlaſſes (res hereditariae), nicht dieſe ſind vertheilt, dieſer an den, und dieſer an jenen der Erben, ſondern das jus ipsum defuncti, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit iſt getheilt, es entſtehen Quoten, Rechnungstheile des ideellen Begriffs der hereditas[21]), und eine jede dieſer partes hereditariae erſtreckt ſich gleichmäßig über jede einzelne

---

hörige Einſetzung mit zu Teſtamentserben machen ſollen. Die Vererbung kann zwar nach verſchiedenen Perſonen hin ihre Strahlen brechen, allein ausgehen können dieſe Strahlen immer nur von Einem Brennpunkt. Was ſollte auch, wenn zugleich teſtamentariſch und ab intestato deferirt wird, geſchehen, wenn z. B. die Inteſtaterben nicht erwerben, u. ſ. w.? Welches juriſtiſche Band ſollte das, was hier von Anfang keine Einheit war, ſpäter zu einer Einheit machen? S. Huſchke, Rhein. Muſ. Bd. VI, p. 273—281; Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XL, p. 149 ff.

[19]) Fr. 53 §. 1 D. de acq. vel. om. her. (29. 2.)

[20]) Fr. 80 D. de leg. III (32): Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem vel tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

[21]) §. 5 J. de her. inst. (2. 14.) Fr. 13 §. 1. Fr. 50 §. 2 D. eod. (28. 5.)

im Nachlaß enthaltene res hereditaria, in der Art, daß durch den Erbschaftserwerb unter den Miterben jede einzelne Forderung und Schuld, soweit nicht Untheilbarkeit des Objekts ein solidarisches Verhältniß nothwendig macht[22]), nach den 12 Tafeln ipso jure pro rata hereditaria reell[23]), dagegen jedes einzelne corpus hereditarium nach derselben Rate intellectuell getheilt ist, also hier eine Rechtsgemeinschaft unter den Miterben entsteht[24]). Erst durch das nun folgende judicium familiae erciscundae sollen sie aus dieser communio scheiden[25]), und indem hier die einzelnen in der communio begriffenen Bestandtheile (res hereditariae im engern Sinne)[26]) reell vertheilt, die ratae hereditariae reell verwerthet werden, kann es allerdings kommen, daß Einem der Miterben eine einzelne res hereditaria ausschließlich adjudicirt wird, allein die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers unter den Erben wird auch durch diese Erbauseinandersetzung nicht aufgehoben..

§. 2.

Anwendung des Bisherigen auf die Art und Weise, insbesondere auf den Gegenstand der Erbeseinsetzung. Begriff der institutio ex re certa. Dieselbe widerspricht den Principien des Römischen Erbrechts.

Die bisherigen Sätze über Bedeutung der Beerbung, der Erbschaft und über Bestimmung des Erben sind die Grundprincipien, von welchen in der mannigfaltigsten Beziehung das Erbrecht beherrscht wird, sie gelten, als publici juris, gleichmäßig

---

[22]) Z. B. fr. 25 §. 9—13 D. fam. erc. (10. 2.)

[23]) C. 1 C. si cert. pet. (4. 2), c. 1. 2. 6. 7 C. de act. her. (4. 16), c. 6 C. fam. erc. (3. 36), c. 10 C. de jure delib. (6. 30), c. 1. 2 C. si unus ex plur. her. (8. 32.)

[24]) §. 4 J. de obl. quae quasi ex contr. (3. 27.) — Fr. 4 pr. D. fam. erc. (10. 2.)

[25]) Fr. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2.)

[26]) S. die Stelle der vorigen Note.

für das civile wie für das prätoriſche Erbrecht, ebenſo gleichmäßig für die Inteſtat- wie für die teſtamentariſche Erbfolge, letzteres, ſofern man abſieht von dem Teſtamente des Soldaten, das uns jedoch hier vorerſt nicht berührt.

Faſſen wir nun den Satz, der Erbe iſt gerufen zum Eintritt in die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers, nochmals in das Auge, und zwar mit beſonderer Rückſicht auf den teſtamentariſchen Erben, ſo müſſen wir ſagen: der Erblaſſer kann im Teſtamente wohl anordnen, wer ihn beerben ſoll, aber die rechtliche Beſtimmung des Erben kann er nicht verändern [1]). Zwar ſcheinen die Zwölftafelworte: „uti legassit rei suae, ita jus esto“ [2]) dem Teſtator allgemein freie Willkür, alſo auch hier, zu geſtatten, allein es wird uns zugleich auch geſagt: „sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jure constituentium“ [3]), ja für den ſoeben ausgeſprochenen Satz dürfen wir nicht einmal eine erſt ſpätere Beſchränkung urſprünglich ſtattgefundener Freiheit annehmen, er galt, eben als publici juris [4]), von jeher unabänderlich.

Sowie nun hiernach der Teſtator mit Rechtsbeſtand nichts anordnen kann, was der Auffaſſung der hereditas als einer von der Zeit unabhängigen vermögensrechtlichen Unſterblichkeit widerſpricht [5]), ſo kann er auch, was den Gegenſtand der Ein-

---

[1]) S. 8, Note 18.

[2]) Ulp. XI, §. 14.

[3]) Fr. 120 D. de verb. sign. (50. 16.)

[4]) Fr. 3 D. qui test. facere possunt (22. 1), fr. 55 D. de leg. I. (30), fr. 15 §. 1 D. ad leg. falc. 35. 2. c. 13 C. de test. (6. 23.)

[5]) Darum kann er nicht einen Erben von einer beſtimmten Zeit an, oder bis zu einer beſtimmten Zeit ernennen. §. 9 J. de her. inst. (2. 14), fr. 34 D. eod. (28. 5), ferner nicht dem Erben für den Fall, daß dieſer wirklich erwirbt, einen Anderen als Erben ſubſtituiren (Gaj. II, §. 184), c. 6 init. C. de test. mil. (6. 21); ebenſo kann er der Einſetzung keine Reſolutivbedingung beifügen. Fr. 88 D. de her. inst. (28. 5.) Dagegen

ſetzung betrifft, nichts an der deßfallſigen Bedeutung der hereditas ändern; er kann nichts verordnen, was der Einſetzung auf das juris nomen, auf den Rechtsbegriff der hereditas, entgegen iſt. Will er nur einen einzigen Erben ernennen, ſo hat er ihn ſchlechthin auf das Ganze zu inſtituiren, ja eine Bezeichnung des Gegenſtandes iſt hier überhaupt nicht nöthig, ſie liegt (eben wegen der rechtlichen Bedeutung des Erben) ſchon in den Worten: er ſoll mein Erbe ſein, heres mihi esto L. Titius [6]); ebenſo iſt ſie im Allgemeinen da nicht nöthig, wo er mehrere Erben neben einander ernennt, indem dieſe nun von ſelbſt auf Bruchtheile des Ganzen gerufen ſind, und zwar, weil die Größe der Theile nicht bezeichnet iſt, in der Regel auf gleich große Theile; nur dann hat er die Theile beſonders zu bezeichnen, wenn er ſie von ungleicher Größe haben will [7]), aber auch hier kann er ſie immer nur auf Theile der hereditas, auf partes hereditariae einſetzen [8]), mit anderen Worten, der einzige Erbe muß immer als heres ex asse, Miterben müſſen entweder als heredes sine partibus, oder als heredes ex certis partibus inſtituirt ſein.

Wie nun aber, wenn ein Teſtator, indem er nur einen einzigen Erben ernennt, dabei ſagt: er ſoll mein Haus erben, oder

---

Suspenſivbedingungen ſind allerdings zuläſſig, ſie laſſen nicht ungewiß, ob Beerbung eintritt, ſondern wer der Erbe ſein wird.

[6]) Damit ſteht im Zuſammenhang fr. 1 §. 3 D. de her. inst. (28. 5): qui neque legaturus quid est, neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: Lucius Titius mihi heres esto. Haec autem scriptura pertinet ad eum, qui non per scripturam testatur, qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: Lucius heres esto; nam et mihi et Titius abundat.

[7]) §. 6 J. de her. inst. (2. 14.) Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse, satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse.

[8]) Fr. 9 §. 12 D. de her. inst. (28. 5): Heredes juris successores sunt, et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.

indem er mehrere Erben, etwa den A, B, C einſetzt, ſo verfügt: A ſoll 1000 fl. erben, den B ſetze ich auf mein Grundſtück ein, der Erbtheil des C ſei mein Vermögen in Italien; oder endlich wenn er Einen oder Mehrere in gehöriger, oben angegebener Art einſetzt, daneben aber noch den X auf ſein Waarenlager zum Erben einſetzt? kurz, wie iſt es, wenn er einen, mehrere oder alle Erben auf beſtimmte Vermögensobjekte inſtituirt, ſtatt auf den Rechtsbegriff der hereditas oder auf partes hereditariae?

Man nennt eine ſolche Erbeseinſetzung institutio ex re certa, den ſo Eingeſetzten heres ex re certa institutus. Die Verfügung ſetzt alſo voraus, daß der Erblaſſer damit einerſeits wirklich eine Erbeseinſetzung, nicht ein bloßes Vermächtniß, anderſeits aber als Gegenſtand der Einſetzung eine res certa gemeint hat. Der Begriff der res certa iſt eigentlich ſchon durch das Geſagte hinreichend gegeben, er umfaßt jeden materiell beſtimmten Vermögensbeſtandtheil im Gegenſatze zu dem ideellen Begriffe der hereditas oder pars hereditaria, einerlei unter dieſer Vorausſetzung, ob es eine einzelne Sache oder ein Complex von Sachen iſt (z. B. mein Vermögen in Italien), ob es ein corpus oder eine Forderung iſt (z. B. A ſoll die 1000 fl. erben, die ich an den X zu fordern habe), ob es eine species oder ein genus iſt, z. B. eine beſtimmte Summe Geldes. Faſſen wir nun wirklich den Begriff der res certa ſo weit, daß er gleichbedeutend mit irgend einem materiellen Vermögensbeſtandtheil iſt, ſo dürften ohne Anſtand nicht blos Aktiva, ſondern auch Paſſiva daher gehören, und ebenſo Vermögensobjekte, die dem Erblaſſer gar nicht gehören; indeß wollen wir die Frage, ob wirklich auch ſolche Objekte als res certae im Sinne der institutio ex re certa angeſehen werden können, einem ſpäteren Orte vorbehalten, uns genügt hier vorerſt, den gewöhnlichen Fall vorauszuſetzen, wonach res certa ein materiell beſtimmter Aktiv-Vermögensbeſtandtheil der Erbſchaft ſein wird.

Daß eine ſolche institutio, d. h. der Wille, der Eingeſetzte ſolle Erbe ſein auf dieſe res certa, und nur auf dieſe, rechtlich nicht beſtehen kann, ergibt ſich einfach aus allem Bisherigen. Zunächſt iſt nicht einmal qualitativ der rechte Gegenſtand gewählt, dieſer iſt der von den materiellen Vermögensbeſtandtheilen unabhängige Rechtsbegriff der hereditas, beziehungsweiſe für Miterben eine pars hereditaria, gleichmäßig über alle res hereditariae ſich erſtreckend, ſo daß man zu einem einzelnen Beſtandtheil als ſolchem überhaupt nicht gerufen ſein kann, heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit (ſ. oben S. 6, Note 14); darum werden nicht nur die res hereditariae der hereditas und pars hereditatis in den Quellen entgegengeſetzt [9]), es wird auch ausdrücklich geſagt: non proprie pars hereditatis in una aliqua re intelligitur [10]). Insbeſondere aber iſt das Charakteriſtiſche der Beerbung der Uebergang von Forderungen und Schulden; ſo wie ſich dieſer bei keinem successor singularis findet, ſo muß er ſich bei jedem Univerſalſucceſſor auf den Todesfall finden; gerade dieſes Charakteriſtiſche würde aber dem heres ex re certa institutus fehlen, denn einestheils ſoll er ex voluntate testatoris nur auf die res certa gerufen ſein, andererſeits läßt der abgeſonderte Uebergang

---

[9]) §. 3 J. de inoff. test. (2. 18.) — Fr. 23 §. 1 D. eod. (5. 2.) — Fr. 9. 10 D. de her. pet. (5. 3.) — Fr. 13 D. si quis omissa causa (29. 4.) Fr. 3 §. 1 D. de bon. poss. (37. 1.)

[10]) Fr. 14 D. si quis omissa causa (29. 4). Daß man mit der hereditatis petitio die Reſtitution materieller Erbſchaftsbeſtandtheile verlangen kann, ſteht nicht entgegen, erklärt ſich vielmehr einfach daraus, daß man mit dieſer Klage principaliter Anerkennung des Erbrechts verlangt, und nur folgeweiſe (als reelle Anerkennung) Reſtitution der bei dem Beklagten befindlichen Erbſchaftsbeſtandtheile, weßhalb der heres partiarius ſelbſt an dem kleinſten Erbſchaftsbeſtandtheil immer nur Reſtitution pro rata hereditaria verlangen kann, fr. 1 §. 1, fr. 6 D. si pars her. pet. (5. 4), weßhalb ferner mit der her. petitio, einer dinglichen Klage, auch Erbſchaftsforderungen eingeklagt werden können.

einer res certa ſchon geſetzlich[11]) kein Mitübergehen von Forderungen und Schulden zu. Ueberdieß würde in dem, doch meiſt dann vorliegenden Falle, da durch die zugewendeten res certae nicht das ganze Vermögen erſchöpft iſt, auch abgeſehen von der qualitativen Unrichtigkeit der Bezeichnung des Gegenſtandes, der Zuläſſigkeit der inst. ex re certa noch entgegenſtehen der Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, denn auf wen ſoll das übrige Vermögen übergehen, wenn der Eingeſetzte die res certa, und nur dieſe erben ſoll?

Will der Erblaſſer Jemanden eine res certa, und nur dieſe zuwenden, dann hinterlaſſe er ihm dieſelbe als Vermächtniß. Gerade ein Vermächtniß charakteriſirt ſich, wenn man von dem fideicommissum hereditatis des neueren Rechts abſieht, ſeinem Gegenſtande nach dadurch, daß es nur auf materielle Vermögensbeſtandtheile, auf res singulae[12]), wie groß ſie auch ihrem Umfange nach ſein mögen[13]), gerichtet iſt, weßhalb aber der Vermächtnißnehmer andrerſeits nicht juris successor iſt[14]), nichts mit dem Uebergange von Forderungen und Schulden, überhaupt

---

[11]) Deßhalb gilt namentlich auch das Sct. Trebellianum nur bei Reſtitution der hereditas oder einer pars hereditaria, nicht auch, wo die Reſtitution einer certa res vel quantitas auferlegt iſt (fr. 16 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36. 1), ſollte auch das Objekt noch ſo großen Umfang haben, ſollten es z. B. die bona ſein, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet. (fr. 16 §. 6 D. eod.)

[12]) Darum bedarf jedes Vermächtniß einer Angabe des Objekts; der Erblaſſer kann wohl generell ſagen: A ſoll mein Erbe ſein, dagegen nicht auch: A ſoll mein Vermächtnißnehmer ſein.

[13]) Daher ſagt Ulp. XXIV, §. 25 von dem Gegenſtand des legatum partitionis: Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, was etwas ganz anderes iſt, als die hereditas oder eine pars hereditatis.

[14]) §. 11 J. de test. ord. (2. 10), fr. 9 §. 1 D. de edendo (2. 13).

nichts mit der Repräsentation des Erblassers zu thun hat, vielmehr vorausgesetzt wird, daß der Erblasser bereits anderweit repräsentirt ist, indem jedes Vermächtniß nur ein mittelbares, d. h. ein durch vorangegangene direkte Beerbung vermitteltes Verhältniß begründet.

Eine andere Frage ist es, ob und in welcher Weise dem Erblasser vielleicht ein Mittel zu Gebote steht, einen von ihm zum Erben Eingesetzten doch im Effekte des Bekommens auf eine res certa zu beschränken. Diese Frage muß indessen einer späteren Erörterung vorbehalten bleiben; hier genügt vorerst die Bemerkung, daß eine solche Anordnung, soweit wir bis jetzt sehen, keinenfalls die Wirkung äußern kann, daß der Eingesetzte dann Erbe auf die res certa wird.

Nach allem Bisherigen sind heredis institutio und res certa als Objekt der Beerbung durchaus unverträgliche Gegensätze; eine von dem Testator angeordnete institutio ex re certa müßte daher, da sie als Erbeseinsetzung nicht bestehen kann, als eine überhaupt ungültige Verfügung betrachtet werden [15]).

§. 3.

Dennoch findet sich in den Quellen die institutio ex re certa als eine gültige Verfügung. — Vorbemerkungen. Plan der folgenden Darstellung. Die Literatur über unsere Lehre im Allgemeinen.

Sonach dürften wir fast erwarten, daß die Quellen eine solche Erbeseinsetzung nicht einmal berühren. In der That aber finden wir in denselben einen heres ex re certa institutus, eine institutio ex re certa nicht nur mehrfach erwähnt,

---

[15]) Fr. 188 pr. D de reg. jur. (50. 17) : ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est.

wir finden ſie ſogar als eine gültige Anordnung behandelt; es ſoll hier noch ganz unentſchieden bleiben, ob ſie gerade als Erbeseinſetzung oder als was ſonſt angeſehen wird, nur das ſoll geſagt ſeyn, ſie wird nicht als eine überhaupt unſtatthafte und ungültige Verfügung betrachtet, wie man doch nach dem Bisherigen erwarten müßte.

Wodurch wohl die Quellen ſich bewogen fanden, die institutio ex re certa auch nur zu erwähnen, ſcheint nicht zweifelhaft zu ſeyn: da ſie den Principien des Erbrechts ſo durchaus widerſpricht, ſo war es gewiß nicht die Caſuiſtik der römiſchen Juriſten, die ſich einen ſolchen Fall als möglich dachte und nun juriſtiſch behandelte, ſondern im Leben fanden ſich Fälle der Art, rechtsunkundige Teſtatoren trafen hin und wieder die Anordnung einer institutio res certa, die Anordnung kam zur Sprache, es fragte ſich, wie ſie zu behandeln ſey, ob ſie aufrecht zu erhalten ſey oder nicht. [1]) Nicht als ob ſolche Teſtatoren die Anordnung von Erbeseinſetzungen und Vermächtniſſen mit einander verwechſelt, als ob ſie ein Vermächtniß da *gemeint* hätten, wo ſie eine Erbeseinſetzung *ausgeſprochen* haben, die Verſchiedenheit beider Anordnungen in Form und Ausdrucksweiſe mußte beſonders den römiſchen Teſtatoren hinlänglich bekannt ſeyn; es waren vielmehr Fälle, da eine Erbeseinſetzung nicht blos formell angeordnet, ſondern auch wirklich intendirt, und nur auf eine res certa beſchränkt war, indem der Teſtator glaubte, es ſey zuläſſig, Jemanden zum Erben auf einen materiellen Vermögens-

---

[1]) Darauf weiſt die Faſſung mehrerer Stellen über unſre institutio ex re certa hin; ſo heißt es in fr. 35 pr. D. de her. inst. (28, 5): *ex facto proponebatur*, quidam duos heredes scripsisse, unum rerum provincialium, alterum rerum italicarum; ebenſo enthält fr. 78 pr. D. eod. einen praktiſchen *Fall*, entnommen aus *Papinian's responsa*; ſo ferner enthält fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36, 1) ein kaiſerliches *Reſcript*, und c. 1. C. Greg. fam. erc. (3, 5) iſt gleichfalls ein *Reſcript*.

beſtandtheil, oder überhaupt auf das Materielle des Vermögens, einzuſetzen; wie wir denn auch für unſer heutiges Rechtsleben, das leider die Ausdrücke für Anordnung eines Vermächtniſſes und einer Erbeseinſetzung (ich vermache ihm das, er ſoll das und das erben) oft ſehr beliebig durch einander wirft, immer nur an ſolche Fälle denken dürfen, in welchen eine Erbeseinſetzung wirklich intendirt war.

Im Folgenden ſoll nun erörtert werden, wie das Römiſche Recht eine ſolche institutio ex re certa auffaßt; es laſſen ſich drei verſchiedene Fälle denken, in welchen dieſe Anordnung vorkommt; es kann ſein:

1) der Teſtator hat nur einen einzigen Erben ernannt, dieſen aber auf eine res certa inſtituirt;
2) er hat mehrere Erben ernannt, und zwar jeden derſelben auf eine res certa inſtituirt;
3) er hat mehrere Erben ernannt, darunter Einen oder Einige in gehöriger Weiſe inſtituirt; d. h. als heredes sine partibus oder ex certis partibus scripti, daneben aber Einen oder Einige auf res certae inſtituirt.

Dieſe drei Fälle werden denn auch von unſeren Juriſten von jeher getrennt angegeben, und ebenſo beziehen ſich die einzelnen Quellenzeugniſſe über die institutio ex re certa meiſt, ja nach der allgemeinen Meinung der Juriſten durchgängig, erkluſiv nur auf den einen oder anderen dieſer Fälle; auch wir ziehen es vor, zunächſt jeden derſelben einer beſonderen Erörterung zu unterziehen, und dann erſt zu fragen, ob nicht vielleicht für die Behandlung aller drei Fälle ein gemeinſchaftliches Princip beſteht, ob nicht vielleicht ein ſolches von den Quellen ſelbſt ausdrücklich angegeben iſt.

Indem ſo der Plan unſerer Abhandlung im Allgemeinen angegeben iſt, muß aber noch bemerkt werden, daß die Verſchiedenheit der Principien, welche für das Teſtament eines paganus und für das eines miles gelten, nothwendig auch eine Verſchie-

denheit der Behandlung der institutio ex re certa in dem einen und andern dieſer Teſtamente hervorrufen wird; wir haben daher zunächſt die Grundſätze der institutio ex re certa für das Teſtament eines paganus, und ſodann die für das Teſtament eines miles zu betrachten.

Zum Schluſſe des Ganzen werden wir die Grenzen der Anwendbarkeit der durch das Bisherige feſtgeſtellten Grundſätze über die institutio ex re certa, insbeſondere auch von dem Standpunkte des heutigen Rechts aus, in das Auge faſſen.

Was die Literatur betrifft, ſo fehlt es an einer umfaſſenden Behandlung unſerer Lehre bis jetzt gänzlich; man hat, wie ſchon in der Vorrede bemerkt, bisher meiſt nur dem dritten der obigen Fälle eine beſondere Aufmerkſamkeit gewidmet, weil dieſer wegen einer ihn betreffenden Verordnung Juſtinian's als beſonders ſchwierig erſchien, und die verſchiedenſten Meinungen veranlaßt hat; mit der Behandlung dieſes Falles hat man die der beiden anderen Fällen meiſt nur kurz verbunden, da ſie in den Quellen klarer und einfacher entſchieden zu ſein ſchienen; es iſt darum auch rückſichtlich der Literatur zunächſt unten auf die Darſtellung jenes dritten Falles zu verweiſen. Außerdem findet ſich unſere Lehre im Ganzen behandelt in Werken allgemeinen Inhalts, beſonders von H. Donellus in deſſen comment. jur. civ. Lib. VI. cap. XVIII. §. 18—22; ſie iſt dort in Verbindung gebracht mit denjenigen Erbeinſetzungsweiſen, die als vitios erſcheinen, und deren Donellus zwei Claſſen angibt, die Eine (cap. XVIII) als ſolche, wobei nur das vitium detrahirt, die Erbeseinſetzung ſelbſt aber aufrecht erhalten wird (dies, conditio impossibilis, res certa), die zweite Claſſe (cap. XIX), bei welcher durch die fehlerhafte Einſetzungsweiſe die institutio ſelbſt ungültig iſt (interdum demonstratio turpis heredis instituti, interdum conditio in-

stitutioni adjecta); die hier behandelte Lehre von der institutio ex re certa kann aber nichts weniger als befriedigend und erschöpfend genannt werden. — Ferner gibt Galvanus in seinen dissertat. variae de usufructu cap. XIII zur Erörterung der Frage: ob der auf den Ususfrukt Eingesetzte wahrer Erbe sei, einen kurzen Abriß der institutio ex re certa, worin er aber nur den Fall, wo der einzige Erbe auf eine res certa eingesetzt ist und dann besonders den Fall, wo neben anderweit Eingesetzten Jemand auf eine res certa instituirt ist, behandelt, den Fall dagegen, wo sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, berührt er kaum, und auch bei den beiden andern Fällen untersucht er nur, ob die so Eingesetzten Erben seien oder nicht, ohne weiter in das Detail der Lehre einzugehen. Eine ebenso kurze, sich hauptsächlich wieder nur mit der oben genannten Frage befassende Erörterung über den heres ex re certa institutus gibt Averanius, interpretationes juris, Lib. IV. cap. XI, wo er den Satz aufstellt: „si voluntas disponentis discrepat a natura actus et sit manifesta, illa potior esse debet", und als Beispiel zur Erläuterung unter andern die juristische Behandlung der institutio ex re certa bespricht (§. 2 — 8); endlich ist aus der neuesten Zeit hervorzuheben Mühlenbruch in Glück's Commentar der Pandekten, Band XL, S. 165 — 187; er erörtert dort unter den Wirkungen der Regel: nemo pro parte testatus etc. die Behandlung des heres ex re certa institutus, seine Ausführungen, wenn ich ihnen auch nicht überall, besonders bei Auffassung des dritten Falles der institutio ex re certa, beistimmen kann, sind gründlich, allein abgesehen von einigen Specialfragen befaßt auch er sich nur mit der allgemeinen Auffassung der verschiedenen Fälle der institutio ex re certa, ohne vollständig das Einzelne zu verfolgen.

Selbstständige Abhandlungen über die institutio ex re certa besitzen wir nur drei; zunächst: Leyser, diss. de herede in re certa instituto. Vitemb. 1709 (auch in seinen medit. ad Pand. als

specim. 361), allein auch er hat, wie er ſelbſt im Verlaufe der Darſtellung ſagt, ſeine ganze Arbeit nur im Intereſſe des Falles unternommen, wo neben anderweit Inſtituirten Jemand auf eine res certa inſtituirt iſt, ſo daß alles Andere nur kurz von ihm berührt wird, ſeine Arbeit alſo dem Titel nicht entſpricht. Ferner Jul. Volkmann, praes. Einert, diss. de herede e re certa scripto. Lips. 1827, eine Jugendarbeit, die in Behandlungsart wenig, in Reſultaten gar nichts bietet; endlich v. Löhr, die institutio ex re certa, in Linde's Zeitſchrift Bd. XIX, Nr. III, ein ſehr ſchätzbarer Beitrag, der indeſſen nur wenige Blätter enthält, und hauptſächlich nur die Abſicht hat, ſich gegen eine Anſicht zu erklären, die, wie wir unten ſehen werden, von Hennemann und von v. Vangerow über den Fall aufgeſtellt worden iſt, wo neben dem heres ex re certa anderweit Inſtituirte vorhanden ſind. Hiernach neigen ſelbſt dieſe ſelbſtſtändigen Abhandlungen über unſere Lehre ſich doch immer nur vorzugsweiſe zu einem einzelnen Theile derſelben hin.

Erſtes Kapitel.

Die institutio ex re certa in dem Teſtamente eines paganus.

Erſter Abſchnitt.

Der Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieſer aber auf eine res certa eingeſetzt iſt.

§. 4.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Iſt nur ein einziger Erbe eingeſetzt, dieſer aber auf eine res certa, z. B. auf ein Grundſtück, oder auf das Vermögen, das der Erblaſſer in Italien hat, ſo finden wir in dem Römiſchen Rechte folgende Behandlung: es wird dieſe nach obigen Principien des Erbrechts eigentlich ungültige Erbeseinſetzung dennoch aufrecht erhalten, und zwar als Erbeseinſetzung; juriſtiſch conſtruirt wird dieſe Aufrechthaltung dadurch, daß „rei mentio detrahitur," d. h. die Erwähnung der res certa, das mit der Erbeseinſetzung Unverträgliche, wird als nicht hinzugefügt gedacht. Folge dieſer detracta rei mentio iſt, daß die Erbeseinſetzung nun ſo daſteht, als ſei einfach geſagt z. B. „L. Titius mihi heres esto", das Charakteriſtiſche der Erbeseinſetzung iſt gerettet, der Erbe iſt gerufen zum universum jus defuncti, und da kein ſonſtiger Honorirter zu erſehen iſt, bekommt er auch das Ganze.

Dies wird vorerſt in folgenden Stellen ausgeſprochen:

Fr. 1 §. 4 D. de hered. inst. (28, 5.) Ulpianus lib. I ad Sabinum : Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta rei mentione.

Fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.) Papinianus lib. VI Responsorum : — — qui certae rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet. [1])

Den Grund und die Rechtfertigung dieſer Behandlungsweiſe unſerer institutio ex re certa geben uns die Quellen nirgends ausdrücklich an; daß man, zunächſt allgemein geſprochen, den letzten Grund in dem ſich ſo vielfach in dem Erbrechte geltend machenden Beſtreben, die voluntas testatoris möglichſt zu berückſichtigen, finden muß, iſt gewiß und allgemein anerkannt, allein die Frage iſt : wie rechtfertigt es ſich, daß die Aufrechthaltung der voluntas testatoris gerade zu dieſem Reſultate der Auffaſſung der institutio ex re certa kommt? Dieß iſt vor Allem zu unterſuchen.

1) Zunächſt müſſen wir ſagen, es berechtigt uns der Umſtand, daß der Erblaſſer die heredis institutio auf beſtimmte Sachen angeordnet hat, durchaus nicht immer zu dem ſicheren Schluſſe, daß er gerade nur dieſe Vermögenstheile gemeint, und den Inſtituirten nur auf ſie beſchränkt haben wollte, es kann eben ſo gut oft nur eine kurze, mehr auf das Materielle gerichtete, Bezeichnung ſeines geſammten Nachlaſſes geweſen ſein, denn eben dieſes Materielle erſcheint rechtsunkundigen Teſtatoren oft als das Praktiſche bei der Zuwendung, nicht jeder Teſtator denkt daran, daß, juriſtiſch aufgefaßt, der Erbe eigentlich nur auf das juris nomen der hereditas gerufen ſei; ſo kann der Teſtator nur die hauptſächlichen Beſtandtheile ſeines Vermögens genannt, und dennoch damit das Ganze gemeint haben; fehlerhaft hat er ſich allerdings ausgedrückt, allein ſeine Abſicht war doch, ſich wirk-

[1]) Vollſtändig werden wir dieſe Stelle in §. 5. Nr. II kennen lernen.

lich einen Universalerben zu ernennen; indem wir nun in ſolchen Fällen zur Aufrechthaltung juriſtiſcher Conſequenz die genannten Vermögensbeſtandtheile detrahiren, und den Eingeſetzten auf das gemeinte Ganze rufen, befolgen wir eben nichts anderes als die wirkliche voluntas testatoris, wir befreien dieſelbe nur von der unjuriſtiſchen Ausdrucksweiſe. Ja es kann ſein, der Erblaſſer glaubte, die res certae erſchöpften ſein ganzes Vermögen, oder er hatte zur Zeit der Teſtamentserrichtung wirklich nichts anderes im Vermögen, als die von ihm genannten res certae, und erſt ſpäter vergrößerte ſich ſein Vermögen. Ein ähnlicher Fall findet ſich in:

Fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49, 17.) Tryphoninus lib. XVIII Disputationum: Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit; non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum est, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori; quod jus iste non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.

Allerdings war in dieſem Falle von Anfang an giltig teſtirt, denn der filiusfamilias konnte ſich nur für ſein peculium castrense einen Erben ernennen, allein nach des Vaters Tode, der ja ſo wenig wie eine ſtattgefundene emancipatio das Teſtament rumpirt[2]), erſcheint das peculium castrense im Gegenſatz zu dem übrigen nun von dem Sohne erworbenen Vermögen nicht als pars hereditatis, ſondern als certa res hereditaria; es iſt nun nicht erſichtlich, daß der Sohn den Eingeſetzten nur auf das

[2]) Fr. 6 §. ult. D. de inj. irrit. test. (28, 3.)

peculium castrense beſchränken wollte, ſondern er hat über Alles teſtirt, über was er nach Lage der Sache teſtiren konnte, man darf daher annehmen, der Teſtator habe ſich einen Univerſalerben ernennen wollen, gerade wie wenn der Aermſte nach der Teſtamentserrichtung noch neues Vermögen erwirbt; freilich auch unabhängig vom Willen des filiusfamilias paganus wird der Eingeſetzte, im Gegenſatz von dem im Soldaten-Teſtamente inſtituirten Erben (was uns vorerſt hier noch nicht berührt) dennoch necessario die universa bona erhalten, und gerade dies führt uns auf einen weitern Fall der institutio ex re certa.

2) Es kann nemlich auch ſein, der Teſtator beabſichtigte mit der Erwähnung der res certae nicht die Bezeichnung ſeines ganzen Vermögens, er ſetzte vielmehr den Erben abſichtlich nur auf ein einzelnes Vermögensſtück, vielleicht nur auf eine Kleinigkeit ein, ſodaß wir den Willen des Erblaſſers annehmen müſſen, der Eingeſetzte ſolle wirklich nur Erbe auf die ausdrücklich genannte res certa ſein. Dies iſt gerade der Hauptfall, hier namentlich fragt es ſich, wie das Römiſche Recht zu jener Behandlung der Erbeseinſetzung gekommen iſt, einer Behandlung, die auf den erſten Blick der voluntas testatoris durchaus nicht zu entſprechen ſcheint. Nach natürlicher Betrachtung nemlich ſollte man hier offenbar geneigt ſein, als den hauptſächlichen Willen des Erblaſſers den der Beſchränkung des Gerufenen auf dieſe Sache anzunehmen; dieß als den hauptſächlichen Willen vorausgeſetzt, ſollte man nun entweder glauben, der Erblaſſer, indem er den Gerufenen auf die Sache zum heres einſetzte, habe das Wort heres (deſſen Bedeutung mit der Berufung auf eine res singula ſo unverträglich iſt) nur abusive gebraucht, er habe nicht Erbeseinſetzung, ſondern Vermächtniß gemeint, als ſolches ſei alſo die Anordnung ex voluntate testatoris zu behandeln, und wenn dies juriſtiſch nicht angehe, ſei der Anordnung alle Gültigkeit abzuſprechen, wie bei ungiltigen Vermächtniſſen überhaupt; oder aber man ſollte erwarten, daß wenn auch der Erblaſſer

einen heres meinte, doch auf den dabei ausgesprochenen Willen, es solle demselben nichts weiter als die res certa zugewiesen sein, so großes Gewicht zu legen sei, daß, weil letzteres sich juristisch nicht realisiren lasse, es sich viel eher rechtfertige, bei der eigentlichen Ungiltigkeit solcher Verfügung stehen zu bleiben, als die heredis institutio aufrecht zu erhalten, und dem Eingesetzten somit gegen des Erblassers Willen Alles zuzuwenden mit Ausschluß der Intestaterben, denen dadurch das übrige, vielleicht sehr bedeutende, Vermögen des Erblassers entgeht, was ihnen nicht entgangen wäre, hätte man es bei der Ungiltigkeit der Einsetzung bewenden lassen. Wie nun rechtfertigt sich dieser natürlichen Betrachtungsweise gegenüber jene Auffassung des Römischen Rechts?

Donellus[3]) erklärt dieselbe zunächst aus der voluntas testatoris in der Art: der Testator habe gewollt, der Eingesetzte solle in der von ihm angeordneten Weise (auf die res certa) Erbe sein, jedoch nur, wenn dies möglich sei, sei es nicht möglich, so wolle ihn der Testator wenigstens in irgend einer Weise als Erben haben, und dies geschehe durch detractio rei, aus eben demselben Grunde werde auch der der Einsetzung beigefügte dies certus und die conditio impossibilis detrahirt; allein mit dieser Erklärung ist nicht gerechtfertigt, daß und warum der Testator auf das Erbesein besonderes Gewicht gelegt hat, und nicht vielmehr, wie man erwarten sollte, auf Beschränkung auf die res certa, auch widerspricht sich Donellus selbst, indem er nachher[4]) (ohne etwa zwischen beiden Erklärungen die Wahl zu lassen) gerade entgegen-

---

[3]) Comment. jur. civ. lib. VI cap. 18 §. 18 fin.

[4]) l. c. §. 22 und im comment. absolut. in quosd. libr. Cod. Frf. 1599 p. 390. An beiden Orten stellt er Grundsätze auf, welche überhaupt die Behandlung der institutio ex re certa in den drei Fällen, in denen sie vorkommt (je nachdem Miterben da sind oder nicht, und im ersten Fall, je nachdem alle Miterben auf res certae instituirt sind, oder nur Einer oder Einige), in Harmonie bringen sollen mit der voluntas testatoris; diese Grundsätze werden wir unten nach beendigter Darstellung der institutio ex re certa im Testamente des paganus beleuchten.

geſetzt ſagt: das Hinterlaſſen der res certa ſei der Hauptwille des Teſtators, als Legat ließe ſich nun dies nicht realiſiren, weil kein heres directus, und weil überhaupt die Bedingungen der Anordnung eines Legats nicht vorhanden ſeien; darum alſo weil man ihn nicht als Legatar behandeln könne, erhalte man ihm die Sache dadurch, daß man ſie ihm durch das Ganze und mit dem Ganzen gebe, ihn alſo (wie zum Nothbehelfe) als Erben behandle, und dieß geſchähe durch delractio rei. Allein ein ſolches Aufrechterhalten des Bekommens der Sache um jeden Preis, einerlei auf welchen Titel hin, und einerlei mit welchem ſonſtigem Zuwachſen von Erbſchaftsſachen läßt ſich weder nach der ratio juris noch nach der voluntas testatoris billigen, am allerwenigſten wird dadurch jene Auffaſſung des Römiſchen Rechts erklärt. Huſchke [5]) gibt folgende Erklärung: es lägen hier zwei ſich widerſprechende Willen vor, der vererbende Wille, der ſich rechtlich nothwendig auf das Ganze beziehe, und der die Beſchränkung auf eine Sache enthaltende Wille; der erſtere ſei vollſtändig ausgeſprochen, und ſei die Hauptſache, der letztere ſei ein bloßer Zuſatz, der den erſteren zwar vorausſetze aber wieder unmöglich mache; er müſſe als der ſchwächere dem erſteren als dem ſtärkern weichen, darum werde die Teſtaments-Erbfolge hier bei Kräften erhalten, und das Widerſprechende geſtrichen, wie wenn eine unmögliche Bedingung, oder eine falſche Bezeichnung des ſonſt kenntlichen Erben hinzugefügt, oder wenn der einzige eingeſetzte Erbe in demſelben Teſtamente enterbt ſei. Allein ganz abgeſehen vorerſt davon, ob ſich die Behandlung dieſer letztgenannten Sätze wirklich mit der unſerer institutio ex re certa auf Eine Linie ſtellen läßt, umgeht Huſchke augenſcheinlich den eigentlichen Punkt: er erklärt nicht materiell, warum die Beſchränkung auf die Sache als das ſchwächere, als der bloße Zuſatz angeſehen wird, und warum der Gerufene als Erbe

[5]) Ueber die Rechtsregel: nemo pro parte etc. im Rhein. Muſ. Bd. VI. Heft 3 S. 303.

gilt; jene Erklärung und der damit zuſammenhängende Satz nemo pro parte etc. rechtfertigt nur die formelle Conſtruktion, d. h. rechtfertigt nur, warum der Gerufene, wenn man ihn einmal als Erben anerkannt, auf das Ganze gerufen iſt. Die Hauptfrage aber iſt gerade die, warum nahm das Römiſche Recht gegen jene, oben als die natürliche bezeichnete, Betrachtung an, der Erblaſſer habe bei ſo widerſprechendem Beiſatze wirklich eine heres gemeint? warum ferner hielt man dieſe letztere voluntas testatoris aufrecht, da man doch dann nothwendig die der voluntas testatoris ſo wichtig ſcheinende Beſchränkung auf die Sache fallen laſſen mußte? Iſt einmal die Aufrechterhaltung der Erbenqualität gerechtfertigt, ſo folgt das Gerufenſein auf das Ganze von ſelbſt.

Dieſe Hauptfrage findet nun aber meiner Anſicht nach darin ihre Erledigung, daß man annimmt, Wort und Begriff von heres habe bei den Römern eine ganz beſonders hochſtehende und zugleich allgemein gekannte Bedeutung gehabt; ſo iſt es denn auch, es iſt dieß der Schlüſſel zum Ganzen.

Es iſt nichts ungewöhnliches, daß einem wichtigen Rechtsbegriffe ein eben ſo wichtiger, im Leben allgemein gekannter, Volksbegriff zu Grunde liegt, das Recht findet ihn vor, und hat ihn nur nach ſeiner juriſtiſchen Seite hin auszubilden. Ein ſolcher allgemein gekannter Volksbegriff war nun bei den Römern in der That der eines heres. Der heres, gerufen zur familia, ſuccedirte nicht nur in das Vermögen, er trat noch in andere, dem Erblaſſer perſönlich theure Beziehungen und Verhältniſſe ein, er wurde der sepulcra hereditaria und familiaria des Verſtorbenen theilhaftig [6]), und war namentlich derjenige, welcher vor allen andern Perſonen die sacra für den Verſtorbenen zu beſorgen hatte [7]), auf welche die Römer in alter Zeit, wie be-

[6]) Fr. 5, fr. 6 pr. D. de religiosis (11, 7.)
[7]) Cic. de legg. II. 19. — Gaj. II. §. 55.

kanntlich auf die sacra überhaupt [8]), ein ganz außerordentliches Gewicht legten [9]). Auch in sonstigen Beziehungen stand er dem Andenken an den Verstorbenen besonders nahe, wie sich z. B. darin zeigt, daß ihm wegen einer der Leiche, dem Leichenbegängniß oder dem Rufe des Erblassers zugefügte Schmach, als wäre sie ihm selbst geschehen, die actio injuriarum zustand [10]), und ihm das officium pietatis oblag, den etwaigen gewaltsamen Tod des Erblassers zu rächen, d. h. Untersuchung gegen den Mörder zu veranlassen, ja er wurde indignus, wen er diesem officium nicht nachkam [11]). Alle diese rein persönlichen Beziehungen, schon an sich bedeutend, mußten in der Volksanschauung noch mehr in den Vordergrund treten, da man, was das Vermögen betrifft, hundertmal sah, daß der Erbe dem praktischen Effekt nach wenig oder nichts bekam, indem ihm vor den, der lex Falcidia vorausgegangenen, legislatorischen Experimenten der lex Furia, und dann der lex Voconia [12]) alles Vermögen durch Auferlegung von Legaten entzogen werden konnte, und er dennoch seine Qualität als Erbe behielt. Ja alle diese an den Erbenbegriff geknüpften Beziehungen mußten selbst in der Volksansicht eine gewisse Idee von Personen-Einheit zwischen Erben und Erblasser hervorgerufen haben, freilich keine juristisch ausgebildete, wohl aber eine solche, wie sie das Leben nicht für den, welchen man sich in den theuersten Beziehungen dereinst so nahe verbunden weiß; in der That rechtfertigt auch Cicero [13]) die Verbindlichkeit des

---

[8]) Livius, V. 52.

[9]) Gaj. l. c.

[10]) Fr. 1 §. 4 et 6 D. de injur. et famos. lib. (47, 10.)

[11]) Fr. 5 §. 2, fr. 15 D. ad Sct. Silan. (29, 5.) — Fr. 21 D. de his, quae ut indignis (34, 9.) — c. 1, 7, 9 C. eod. (6, 35.) Selbst der Patron, der den Freigelassen ab intestato beerbte, war von dieser Indignität nicht ausgenommen, quamvis hi suo jure admittantur. — Fr. 15 §. 2 D. ad Sct. Sil. (29, 5.)

[12]) Gaj. II. §. 224.

[13]) De legg. II. 19.

Erben zur Beſorgung der sacra für den Verſtorbenen durch die Worte : „nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat," und ebenſo ſagt Ulpian [14]) bezüglich der oben genannten actio injuriarum, gewiß nur vom Standpunkte der Römiſchen Lebensanſichten, nicht vom reinen juriſtiſchen Standpunkte aus : „spectat enim ad existimationem nostram (sc. heredis), si qua ei (sc. mortuo) fit injuria," ferner bezeichnet er die dem Erblaſſer zugefügte Schmach als eine „heredi quodammodo factam," [15]) und ſo war denn auch die bei den Römern übliche Sitte, denjenigen, den man ſich zum Erben eingeſetzt hatte, den Ring, welchen man trug, zu übergeben [16]), ſicher nichts als eine ſymboliſche Andeutung, wie nahe man ſich den Erwählten durch die Erbeseinſetzung zu verbinden dachte [17]). Sowie nun der Erblaſſer denjenigen, den er ſich zum Erben ernannte, durch dieſe Naheſtellung auszeichnen wollte, ſo galt denn

---

[14]) S. die Stelle der Note 10, auf Seite 29.

[15]) Den Gedanken einer Perſoneinheit ſpricht auch aus Martial. Epigr. 63 lib. 6 :

Tu tamen hunc tabulis heredem stulte supremis
Scribis, et esse tuo vis, furiose, loco.

[16]) S. z. B. Valer. Max. lib. VII. cap. 8 Nr. 5. 8. 9. Kirchmann de annulis liber singularis, cap. 22.

[17]) Der Ring wurde bekanntlich von den Griechen und Römern am vorletzten Finger der linken Hand getragen, und zwar, wie Viele glaubten, darum, weil nach einem alten ägyptiſchen Glauben von dieſem Finger eine Ader bis zum Herzen ziehe, man alſo mit dem Ringe den Finger wie das Leben ſelbſt umfaſſen wollte. Gell. lib. 10 cap. 10. Macrob. Saturn. lib. 7 cap. 13, woher es auch kommen ſoll, daß bei der Verlobung der Bräutigam der Braut den Ring gibt, als Zeichen der engen Herzensverbindung. Isidorus lib. 2 de officiis cap. 19 u. can. 7 caus. 30 quest. 5. Sollte dies wirklich der Grund des Tragens des Ringes gerade an jenem Finger geweſen ſein, ſo ließe ſich das Ueberreichen des Rings von Seite des Erblaſſers an den Erben in der That als ein Symbol von Perſoneinheit auffaſſen, aber auch wenn die Erklärung des Ateius Capito, daß jene Hand und jener Finger nur aus Bequemlichkeit und Schicklichkeit gewählt worden ſei, (Macrob. l. c.) die richtige wäre, ſo bleibt doch immer das gewiß, daß die Uebergabe des Rings als Zeichen ganz beſonderer Bevorzugung galt. S. auch Papin. in fr. 77 §. 21 D. de leg. II.

auch bei den Römern der Erbentitel als etwas beſonders ehrenvolles [18]), weßhalb die exheredatio, ſelbſt wenn der Enterbte mit Legaten bedacht war, immer als eine nota betrachtet wurde. Ganz vorzüglich aber zeigt ſich die hohe Bedeutung der Erbenqualität und ihre Unabhängigkeit von dem viel oder wenig Bekommen aus der Erbſchaft in dem das römiſche ſ. g. Notherbenrecht beherrſchenden Gegenſatze von formeller und materieller Bedenkung, ein Gegenſatz, der nicht etwa mit der Zeit geſchwächt wurde, ſondern noch einmal unter Juſtinian ſich ſo recht deutlich als Lebensanſicht manifeſtirt in der Beſtimmung der Nov. 115 cap. 3—5, daß Aſcendenten und Deſcendenten ſich gegenſeitig die Ehre der heredis institutio zu erzeigen haben, während ohne dieß ſelbſt das größte Legat oder Fideikommiß nicht genügen ſolle.

Alle die Beziehungen, welche die Erbenqualität characteriſirten, faßte nun der Römer auch ſprachlich auf das Beſtimmteſte in dem Ausdrucke heres zuſammen; während unſere heutige Lebensauffaſſung ſich gleichgültiger gegen die Bedeutung der Erbenqualität, und gegen die Unterſchiede von Beerbung und Vermächtniß verhält, und dieſe Gleichgültigkeit in dem abwechſelnden und unbeſtimmten Gebrauche der Ausdrücke vererben und vermachen zeigt, war bei den Römern das Wort heres nicht blos der juriſtiſchen Auffaſſung nach, ſondern auch im Leben ein anerkanntes techniſches Wort; einerſeits kommt es, wenn man abſieht von dem heres fideicommissarius [19]), nie vor, daß der Ausdruck heres auch zur Bezeichnung eines Vermächtnißnehmers ge-

---

[18]) Fr. 5 §. 6 D. de legat. praest. (37, 5), „quia hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur.“

[19]) Z. B. in fr. 13 §. 1 D. de jure codic. (29, 7) heißt es: es errichtet Jemand nicht ein Teſtament, ſondern ein Codicill, und ſagt darin: Titium heredem esse volo; hier ſei es, ſagt Papinian, quaestio facti, ob eine (dann natürlich ungültige) direkte Erbeseinſetzung, oder eine fideicommissaria hereditas, auferlegt den Inteſtaterben, vom Erblaſſer damit gemeint ſei.

braucht wurde [20]), andererſeits aber wurde bei jeder Erbeseinſetzung das Wort heres gebraucht; dieß jedenfalls ausnahmslos ſo lange die heredis institutio noch mit den beſtimmten Wortformeln des alten Rechts geſchehen mußte [21]); allein auch nachdem Conſtantins Söhne hinſichtlich der Erbeseinſetzung geſtattet hatten, es ſei einerlei, „utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis“ [22]), wurde wohl noch fortwährend in der Regel das Wort heres von dem Teſtator gebraucht, und nur die übrigen Ausdrücke brauchten nicht mehr ſtreng formell zu ſein [23]); allerdings mochten vielleicht allgemeine Umſchreibungen da ſtattgefunden haben, wo der Teſtator ſich einen einzigen Erben ſchlechthin auf das Ganze einſetzte, oder wo er mehrere Erben ſchlechthin oder auf Bruchtheile inſtituirte, dagegen darf man als ſicher annehmen, daß da, wo der Erbe auf eine res certa eingeſetzt

---

[20]) Averan. interpr. lib. 4 cap. 11 Nr. 5 behauptet, allerdings bezeichne der Ausdruck heres zuweilen auch den Legatar, und beruft ſich auf fr. 14 §. 1 D. de usuc. (41, 3) und fr. 219 D. de verb. sign. (50, 16) Dieß iſt wahrhaft unbegreiflich; fr. 219 cit. ſpricht nichts als den für Interpretation eines Miethvertrags höchſt natürlichen Satz aus: ſind praedia vectigalia vererblich vermiethet, ſo darf ſie der Miether auch legiren, denn die Meinung der Contrahenten ſei oft nicht nach den Worten, ſondern nach der voluntas zu bemeſſen; und fr. 14 §. 1 cit. ſagt: in Bezug auf accessio possessionis ſtehe in gewiſſer Beziehung der legatarius dem heres gleich. Mit demſelben Rechte könnte man ſagen, der heres bedeute auch einen Legatar darum, weil Letzterer dem Erſteren in Bezug auf das Erforderniß der ſogenannten testamenti factio passiva gleichſtehe. Ebenſo unerheblich iſt, wenn Averan von dem Wort legare ſagt, es bedeute in den Worten der 12 Tafeln uti legassit nach fr. 120 D. de verb. sign. eine jede letztwillige Verfügung (hereditas, legatum, libertas, tutela), und der Ausdruck instituere ſei auch für teſtamentariſche Vormundſchafts-Ernennung gebräuchlich.

[21]) Stellen wie fr. 1 §. 5. D. de her. inst. (28, 5) können dagegen natürlich nicht in Betracht kommen, ſie zeigen nur, wie anerkannt es war, daß der Teſtator gerade einen heres wollte.

[22]) c. 15 C. de testam. (6, 23.)

[23]) Dieß zeigen die in c. 15 cit. angeführten Beiſpiele: nec interest, si dicatur: heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit.

wurde, er jedesmal, eben um die Abſicht des Teſtators zu manifeſtiren, mit dem Ausdrucke heres bezeichnet war, wie ja noch Juſtinian in Nov. 115 c. 5 pr. ausdrücklich ſagt: si vero quidam heredes nominati fuerint, etiamsi certis rebus contenti esse jubeantur etc.

So war alſo den Römern die Bedeutung des Erben nicht blos eine ſehr hohe, ſondern auch eine allgemein gekannte, freilich rückſichtlich der rein juriſtiſchen Auffaſſung konnte ſich dabei ein rechtsunkundiger Teſtator wohl in einer oder der anderen Beziehung irren, das aber ſteht feſt, daß er die allgemeine Bedeutung des Erben kannte, und ebenſo, daß der von ihm gebrauchte Ausdruck heres ein untrügliches Kennzeichen dafür war, daß er einen heres auch wirklich gemeint habe.

In dieſer eigenthümlich römiſchen Hochſtellung des heres liegt denn nun von ſelbſt die Rechtfertigung für die Behandlungsweiſe unſerer institutio ex re certa; was wir oben als die, ſich gegen dieſe Behandlung ſträubende, natürliche Betrachtung bezeichnet haben, iſt nichts als die Betrachtung aus dem Standpunkte der Anſchauung des heutigen Lebens, die eine gewiſſe Gleichgültigkeit gegen die Erbenqualität hat, und mehr auf das Materielle ſieht[24]); darum galt es uns vor Allem ſich von der heutigen Anſchauung frei zu machen, und den römiſchen Standpunkt vor Augen zu führen. — Hatte ſich alſo der Teſtator einen heres ernannt, aber nur auf eine res certa, ſo war vor Allem das gewiß: einen heres hat er gemeint, einen heres wollte er haben; an dieſer voluntas testatoris konnte man nicht zweifelhaft werden durch den juriſtiſch widerſprechenden Beiſatz der Beſchränkung auf die res certa, denn ſowie ſich der Teſtator hin-

[24]) Dieß wird uns am Schluſſe unſerer Abhandlung bei der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der Grundſätze über institutio ex re certa von großem Gewicht werden; vorerſt indeß haben wir hier nur die Römiſche Auffaſſung kennen zu lernen.

ſichtlich der juriſtiſchen Auffaſſung des heres überhaupt in manchen Beziehungen irren konnte, ſo konnte er auch glauben, es könne Jemand heres auch auf eine einzelne Sache ſein, und dennoch die Attribute der Erbenqualität in ſich vereinigen; die Benennung heres, die er dem Gerufenen gab, manifeſtirte (auch wenn man ganz davon abſieht, daß er ja auch Teſtamentsform für ſeine Anordnung gewählt hatte) auf das ſicherſte: einen Legatar auf die Sache hat er nicht gemeint. War nun das Römiſche Recht einmal zu der Stufe gelangt, daß es nicht mehr jedesmal die voluntas testatoris einem juriſtiſchen Fehler der Anordnung zum Opfer brachte, war man insbeſondere einmal geneigt geworden, auch unſre juriſtiſch ungehörige institutio ex re certa aufrecht zu erhalten, ſo konnte es nicht zweifelhaft ſein, in welcher Art dieß geſchehen müſſe. Gewiß war, daß die Rückſicht auf die res certa nicht bewegen durfte, die Verfügung als Legat aufrecht zu erhalten, eben weil dies nicht vom Erblaſſer gemeint war; ſelbſt wenn es formell conſtruirbar geweſen wäre, den Gerufenen als reinen Legatar zu behandeln, und ihm auf den Legaten-Titel hin die res certa und nur dieſe zuzuwenden, wäre es darum nicht zuläſſig geweſen, weil man dadurch gerade das Weſentliche, was der Teſtator bei ſeiner Anordnung vor Auge hatte, verwiſcht haben würde, denn das ſtand ja feſt, einen heres, nicht einen Legatar wollte ſich der Teſtator ernennen[25]), man konnte alſo, wenn man überhaupt aufrecht erhalten wollte, den Gerufenen nur als heres aufrecht erhalten. Wollte man ihn nun wirklich als heres aufrecht erhalten, d. h. ja eben, ihn auch rechtlich als heres behandeln, ſo verſtand es ſich weiter von ſelbſt, daß man ihn nicht als heres auf dieſe Sache und nur auf ſie erhalten konnte, man

---

[25]) Gerade dieſer Geſichtspunkt ſpricht gegen Donellus, welcher (ſ. oben Seite 27) annimmt, man habe die Erbenqualität nur als Nothbehelf angenommen, da die Legatenqualität, als das eigentliche Mittel zur Erreichung des Hauptwillens des Erblaſſers (Beſchränkung auf die Sache) im vorliegenden Falle nicht conſtruirbar geweſen ſei.

mußte ihm auch die von dem Erblaſſer verkannte juriſtiſche Bedeutung eines heres geben, d. h. ihn als zu dem universum jus defuncti gerufen gelten laſſen. Gerade das Einſehen dieſer unvermeidlichen Conſequenz der Aufrechthaltung war nun auf den erſten Blick geeignet, das Geneigtſein zur Aufrechthaltung der Anordnung wieder wankend zu machen, und als gerathener zu empfehlen, die Verfügung bei ihrer eigentlichen und urſprünglichen Ungültigkeit zu belaſſen, denn durch Aufrechthaltung mußte doch dem andern Theile der voluntas testatoris, worin ja liegt, der Eingeſetzte ſolle nicht auf Alles gerufen ſein, entgegengehandelt werden. Allein hier war es natürlich, daß das Römiſche Recht vor Allem an der hohen Bedeutung eines heres in den Augen der Römer feſthielt, und nun konnte es bald nicht zweifelhaft ſein, welcher Wille als der bedeutendere zu betrachten ſei; hätte man es bei der Ungiltigkeit der Einſetzung bewenden laſſen, ſo wäre das Reſultat geweſen: der Teſtator hat keinen ſich ſelbſt ernannten heres hinterlaſſen, das aber war jedenfalls nicht der Wille des Teſtators; er wollte einen heres. Man durfte, eben der hohen Bedeutung des heres wegen, annehmen, daß der Erblaſſer, ehe er dieſen Erfolg ſchwinden läßt, lieber die unjuriſtiſche Beſchränkung auf die Sache aufgegeben haben würde, und inſofern durfte man die mit der Aufrechterhaltung verbundene Berufung auf das Ganze als dem vermuthlichen Willen des Teſtator entſprechend anſehen; ja man durfte noch weiter gehn, man durfte, ſelbſt wenn der Teſtator auf das Beſtimmteſte dem Erben nur die Sache zuwenden wollte, hier contra voluntatem testatoris die Berufung auf das Ganze ausſprechen, auf den Satz hin, daß der Erblaſſer einer ſonſt gültigen (hier durch Aufrechthaltung gültig gewordenen) Verfügung nicht einen gegen die Beſtimmungen des jus publicum gehenden Beiſatz geben darf, ſolcher Beiſatz vielmehr null iſt.

Von dieſen Geſichtspunkten aus (die wir aber auch vorher kennen lernen mußten) rechtfertigt ſich nunmehr Huſchke's Er-

klärung, der vererbende Wille ſei ausgeſprochen, und ſei die Hauptſache, die Beſchränkung auf die res certa nur der ſchwächere Zuſatz, und müſſe darum dem erſten weichen. Nachdem ſich nun das Römiſche Recht wirklich für die Aufrechterhaltung unſerer institutio ex re certa entſchieden hatte, war die juriſtiſche Conſtruktion bei Ausführung des Gedankens die höchſt einfache, daß man ſagte: valet institutio detracta rei mentione, gerade ſo wie da, wo der Erbe ex die oder ad diem, alſo fehlerhaft, inſtituirt war, dieſes vitium temporis detrahirt, und ſo die institutio erhalten wurde [26]).

---

[26]) §. 9 J. de her. inst. (2, 14): heres pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest, veluti post quinquennium, quam moriar, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. — Fr. 34 D. eod. (28, 5): hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. — Dagegen kann man mit der Behandlung der institutio ex re certa nicht auf Eine Linie ſtellen: 1) das Detrahiren einer der Einſetzung beigefügten conditio impossibilis, denn obwohl auch dieß Aufrechthaltung von etwas eigentlich Ungültigen iſt, und darum erſt allmählich zum anerkannten Grundſatz wurde (fr. 3 D. de condit. 35, 1: obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas), obwohl ferner fr. 1 D. de cond. inst. (28, 7) ganz allgemein ſagt: sub impossibili conditione vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari, ſo iſt doch nur die Wirkung der Aufrechthaltung (Detrahiren des mendum) dieſelbe, dagegen findet das Detrahiren der conditio impossibilis ebenſogut bei Vermächtniſſen als bei Erbeseinſetzungen ſtatt, fr. 45 D. de hered. inst. (28, 5.) fr. 9. fr. 20 pr. D. de cond. inst. (28, 7), der Grund kann alſo hier nicht aus der hohen Bedeutung der heredis institutio abgeleitet werden. 2) Daß eine falſche Bezeichnung des ſonſt kenntlichen Erben weggedacht wird. Fr. 48 §. 3 D. de her. inst. (28, 5), fr. 34 pr. D. de condit. (35, 1), c. 5 C. de her. inst. (6, 24); dieſes gilt ebenſogut bei Vermächtniſſen, §. 29 J. de legat. (2, 20), fr. 33 pr. D. de cond. (35, 1), c. 4 C. de test. (6, 23), und man befolgt damit nur vollſtändig den wirklich gemeinten Willen des Erblaſſers, man befreit ihn nur von der unabſichtlich falſchen Ausdrucksweiſe. 3) Daß der eingeſetzte Erbe in demſelben Teſtamente nicht wieder enterbt werden kann (hereditas adimi non potest), fr. 13 §. 2 D. de lib. et post. (28, 2), fr. 1 §. 4 D. de his, quae in test.

Enthält das bisher Ausgeführte den wahren Grund der Behandlung unſrer institutio ex re certa, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß durch daſſelbe auch die Behandlung des oben unter 1) beſprochenen Falls nun ihr eigentliches civiliſtiſches Fundament erhält; es ergibt ſich daraus aber auch der weitere wichtige Satz, daß es keinen Unterſchied machen kann, ob der Teſtator die institutio ex re certa ſo angeordnet hat, daß er den Erben auf eine res certa einſetzte, oder von einer res certa ausſchloß, ob er alſo z. B. geſagt hat: „A ſoll Erbe ſein auf mein Haus," oder „A ſoll mein Erbe ſein mit Ausſchluß meines Hauſes." Daß in dieſem letzten Falle in der That keine andere Behandlung eintritt, als diejenige, welche in den zu Anfang dieſes §. citirten Stellen für den erſtern Fall ausgeſprochen iſt, wird uns denn auch ausdrücklich geſagt in folgender Stelle:

> Fr. 74 D. de hered. instit. (28, 5.) Licinius Rufinus libro II Regularum. Si ita quis heres institutus fuerit: excepto fundo, excepto usufructu heres esto, perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.

Donellus[27]) will hier freilich die Florentina corrigiren, und ſtatt „excepto fundo, excepto usufructu" leſen: „ex certo fundo, ex certo usufructu," und dieß deßhalb, weil nach jener Lesart der Erbe ſchon an ſich ganz richtig eingeſetzt

---

del. (28, 4), fr. 6 §. 4 D. de her. inst. (28, 5), fr. 17 §. 2 D. de test. mil. (29, 1); dieſer Satz erklärt ſich meiner Anſicht nach aus der Regel semel heres, semper heres, wenn man nur bedenkt, daß die heredis institutio das caput et fundamentum totius testamenti iſt, (weßhalb ſie auch zu Anfang des Teſtaments ſtehen mußte), und die weiteren Verfügungen meiſt nur als Auflagen an den Teſtamentserben galten, die er natürlich erſt nach dem Erbſchaftserwerb zu erfüllen hatte; die von ihm erworbene Erbſchaft konnte er ſich aber nicht wieder nehmen. Aus dem Satze: Enterbungen ſind nicht zu begünſtigen, läßt ſich nicht mit Mühlenbruch (in Glück Comm. Bd. 40 S. 166 Note 97) jene Regel erklären, denn ſie iſt nicht auf sui beſchränkt, und in extraneo facta exheredatio res inepta est.

[27]) Comment. jur. civ. lib. VI, cap. 18 §. 18.

ſei, und die exceptio fundi vel ususfructus ſchon nach der ratio juris Rechtsbeſtand habe, denn ſie enthalte Anordnung eines Legats, das ja nach fr. 116 pr. D. de leg. I. nichts anders ſei als eine delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit; wenn ſonach hier der Eingeſetzte, auch ohne dieſe Sache zu bekommen (ſo verſteht Donellus die Worte: atque si sine ea re heres institutus esset), Erbe werde, ſo geſchehe nichts als was der Erblaſſer wörtlich beſtimmt habe, und um dieſes ſchon nach Rechtsprincipien Statthafte als gültig zuzulaſſen, dazu habe es in der That nicht erſt der Auktorität einer Juriſtenmeinung bedurft, aus welcher doch in der Stelle die Gültigkeit abgeleitet werde. Allein dieſe Meinung von Donellus iſt in keiner Weiſe zu halten; abgeſehen davon, daß es der von ihm vorgeſchlagenen Lesart an aller handſchriftlichen Autorität fehlt [28]), und auch ſonſt in den Quellen kein Beiſpiel vorkommt, wo eine res certa, wenn ſie individuell bezeichnet wird, z. B. fundus, den ausdrücklichen Zuſatz certa, alſo hier certus fundus, erhält, ſondern dieſer Zuſatz nur den allgemeinen Benennungen von Vermögensbeſtandtheilen gegeben wird (certa res, certa quantitas, summa, etc.), auch insbeſondere bei dem ususfructus ein ſolcher Zuſatz höchſt auffallend wäre, indem man hier eher erwarten könnte: usufructu certae rei," — abgeſehen von dem Allen würde gerade nach der von Donellus unter Beibehaltung der Lesart der Florentina gegebenen Interpretation unſrer Stelle ein Reſultat entſtehen, das in der That nicht der ratio juris entſpricht, ja nicht einmal irgend eine Aufrechthaltung zuläßt. Allerdings zwar iſt der materielle Begriff eines Legats der in fr. 116 pr. cit. angegebene, allein

---

[28]) Die Vulgata lieſt: ex certo fundo, excepto usufructu, was jedoch im Weſentlichen denſelben Sinn gibt wie die Lesart der Florentina; der casus zu dieſer Stelle in der Gloſſe iſt nach der Lesart der Vulgata eingerichtet, während die Gloſſe ſelbſt (verb.: sine ea re) der Florentina folgt.

wer kann behaupten, daß ein Legat rechtsbeſtändig jemals in ſolcher Form angeordnet werden konnte, wie die in fr. 74 cit. enthaltene dann wäre? Das eigentliche legatum des alten Rechts (und nur an dieſes hätte doch Aquilius Gallus denken können) mußte verbis directis, imperativis und legis modo angeordnet [29]), und ebenſo mußte der Honorirte kenntlich bezeichnet ſein (Donellus erklärt ſich nicht darüber, wen er ſich hier als den Honorirten zu denken hätte); allem dieſem entſpricht die in fr. 74 cit. gebrauchte Ausdrucksweiſe auch nicht im Entfernteſten, wie alſo könnte man ſagen, daß unter Vorausſetzung der Lesart: „excepto fundo, excepto usufructu“ die Stelle etwas ſage, was ſich ſchon nach Rechtsprincipien von ſelbſt verſtehe? im Gegentheile, ſie würde dann etwas ſagen, was ſelbſt auch nur aufrecht zu erhalten Aquilius Gallus nie billigen konnte und gebilligt haben würde.

Eine andere Interpretation hat unſre Stelle erfahren durch Detlev Langebeck [30]), dieſer folgt, im Gegenſatze von Donellus der handſchriftlichen Lesart: „excepto fundo, excepto usufructu,“ erklärt aber, übereinſtimmend mit Donellus die Worte: „atque si sine ea re heres institutus esset“ nicht, wie die herrſchende Anſicht thut, durch: „sine ea exceptione,“ oder: „detracta fundi vel ususfructus mentione“, ſondern ſo: es ſolle jure civili ſo gehalten werden, als wäre der heres zwar auf das universum jus defuncti eingeſetzt, ſolle aber die ausgenommenen Sachen nicht bekommen. Dieß erklärt dann Langebeck ſo: das Aus-

---

[29]) Ulp. tit. 24 §. 1. Man denke auch nur an die vier Arten der legata und ihre Anordnungsweiſe. Ulp. l. c. §. 2—6. Gaj. II. §. 193. 199. 201. 209. 216. — §. 2 J. de leg. (2, 20): „et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur.

[30]) Detlev Langebeck in LL. aliquot perdifficiles et nondum satis intellectas novae Annotationes. Cap. 5 (in Otto thes. jur. rom. tom. I pag. 550.)

nehmen der Sachen ſolle als Fideikommiß zu Gunſten der Inteſtaterben angeſehen und aufrecht erhalten werden; dieſes habe Aquilius Gallus eingeführt, und ſonach ſtehe dieſe Stelle außer allem Zuſammenhange mit den Grundſätzen über institutio ex re certa. Dieſe Anſicht wird gebilligt von Weſtphal[31]) und Glück[32]), allein auch ſie iſt völlig grundlos. Es ſoll hier gar nicht unterſucht werden, ob, die Fideikommißtheorie als beſtehend vorausgeſetzt, in Worten, wie die ſind: „excepto fundo, excepto usufructu heres esto“ wirklich ein Fideikommiß an die Inteſtaterben gefunden werden kann (auf dieſe Frage werden wir unten in §. 6 zu ſprechen kommen), es ſteht der Auffaſſung Langebeck's von vornherein das entgegen, daß er die Fideikommißtheorie in jener Stelle als beſtehend vorausſetzt; wie konnte Aquilius Gallus, bekanntlich ein Zeitgenoſſe Cicero's, jene Verfügung als ein Fideikommiß der ausgenommenen Sache zu Gunſten der Inteſtaterben behandeln und aufrecht erhalten, da zu ſeiner Zeit eine Fideikommißtheorie noch gar nicht beſtand[33]), die Fideikommiſſe vielmehr bekanntlich erſt ſeit den Zeiten von Auguſtus durch Sitte und Gewohnheit ſich zu bilden anfingen[34])? Ueberdieß iſt augenſcheinlich, daß wenn man, wie Langebeck will, die Worte: „atque si sine ea re heres institutus esset“ überſetzt mit: „als wäre er zum Erben eingeſetzt, aber ſo, daß er jene Sachen nicht bekommen ſolle“, dieß nichts als ein tautologiſches Wiedergeben der Worte: „excepto fundo, excepto usufructu heres esto“ ſein würde, nicht aber eine Angabe, wie die

---

[31]) Theorie des römiſchen Rechts von Teſtamenten. §. 252.

[32]) Erläuterung der Pandekten, Bd. 9 S. 182 ff.

[33]) Die Bemerkung Weſtphal's a. a. O. „nach der gemeinen Meinung hätte es des Anſehens des A. Gallus zur Einführung eines Rechtsſatzes gar nicht bedurft, der ſchon auf den Begriff eines successor universalis hätte gegründet werden können“, kann ich daher nicht mit Glück a. a. O. eine gründliche nennen, noch weniger iſt ſie eine neue, es iſt dieſelbe, die nach obigem ſchon Donellus gemacht hat.

[34]) §. 1 J. de fid. her. (2, 23.) — pr. J. de codic. (2, 25).

in letzteren Worten enthaltene Verfügung juriſtiſch behandelt werden ſoll.

Unſre Stelle erklärt ſich vielmehr ſehr einfach; die Worte: alque si sine ea re etc. haben, wie auch ſchon die Gloſſe annimmt, und von jeher die gemeine Meinung war, in der That keinen andern Sinn, als den: detracta rei exceptione, und enthalten nichts als eine Anwendung der obigen Auffaſſung einer institutio ex re certa, denn indem der Teſtator ſagt: Titius ſoll mein Erbe ſein mit Ausnahme der und der Sache, wird ja das übrige Vermögen weder von dem Teſtator als universitas genannt und gemeint, noch kann es rechtlich ſo aufgefaßt werden, ſondern ſteht eben als der Complex der übrigen Vermögensbeſtandtheile nach Abzug jener Sachen da, der Erbe iſt alſo dadurch, daß er von beſtimmten Sachen ausgeſchloſſen iſt, zugleich auch nur auf (die übrigen) res certae eingeſetzt, und daß dieſes aufrecht erhalten wird, detracta rei mentione, dieß, als eigentlich ungehörig, bedurfte allerdings einer Autorität. Dieſe Autorität liegt nun eben darin, daß überhaupt eine institutio ex re certa in genannter Weiſe aufrecht erhalten wird, und darum könnte man geneigt ſein, das fr. 74 cit. zugleich auch als eine rechtsgeſchichtliche Notiz anzuſehen, die uns die Belehrung gibt, daß gerade Aquilius Gallus der Urheber und Begründer der Aufrechthaltung der in dieſem erſten Abſchnitt betrachteten institutio ex re certa überhaupt war. Gewißheit iſt freilich darüber nicht zu erlangen, indeſſen möchte ſich doch gegen dieſe Annahme das Bedenken erheben, daß die Aufſtellung einer Regel von den gewöhnlichen, unter ſie paſſenden, Fällen ausgeht, und ſich auch mit Rückſicht auf dieſe gewöhnlichen Fälle ausdrückt; der einfachſte und gewöhnlichſte Fall einer institutio ex re certa war nun ſicher nicht Ausſchluß von einer Sache bei der Einſetzung, ſondern Einſetzung direkt auf eine Sache, und für dieſen gewöhnlichen Fall mochte ſich zunächſt die Regel ihrer Aufrechthaltung gebildet und ausgeſprochen haben; allmählich ka-

men dann wohl auch Fälle des Ausschlusses von bestimmten Sachen zur Sprache, und man zweifelte vielleicht anfangs, ob man sie unter jene bereits ausgesprochene Regel zu subsumiren berechtigt sei; nicht als habe man dabei gezweifelt, ob der Fall der Einsetzung mit Ausschluß von bestimmten Sachen eine institutio ex re certa enthalte, sondern ob man auch eine so ausgedrückte institutio ex re certa aufrecht erhalten dürfe, denn zwischen dieser und dem Fall direkter Einsetzung auf Sachen ist denn doch, was die Beurtheilung der voluntas testatoris betrifft, immer noch der Unterschied, daß man, wo der Testator sagte, Titius soll mein Erbe auf den fundus sein, nicht sicher weiß, ob der Testator den Eingesetzten von dem übrigen etwaigen Vermögen wirklich ausschließen wollte, während, wo der Testator sagte: Titius soll mein Erbe mit Ausnahme des fundus sein, es augenscheinlich vorliegt, daß er ihm den fundus nicht zuwenden wollte. Man mochte also anfangs geschwankt haben, ob man nicht, um letztere voluntas nicht zu verletzen, es besser bei totaler Ungültigkeit der Einsetzung lassen solle, und hier mochte endlich, geleitet von jener hohen römischen Bedeutung der heredis institutio, Aquilius Gallus den Ausschlag dahin gegeben haben, daß selbst wo der Wille des Testators, der Eingesetzte solle nicht auf Alles gerufen sein, entschieden und ausdrücklich ausgesprochen vorliege, dennoch die heredis institutio aufrecht zu halten, und somit auch ihre Consequenz, Berufung auf das Ganze, festzuhalten sei.

Diese letzten Bemerkungen und überhaupt der Inhalt unseres fr. 74 cit. geben uns nun auch zugleich den richtigen Anhaltspunkt für Beurtheilung eines weiteren möglichen Falles, wenn nemlich der Testator den Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt, und dabei ausdrücklich verboten hat, daß derselbe mehr bekommen solle, ohne jedoch zu bestimmen, an wen das Uebrige fallen solle. Es fragt sich, ist auch diese institutio ex re certa aufrecht zu erhalten, und somit der Eingesetzte gegen

des Erblassers ausdrückliches Verbot auf das Ganze zu rufen, oder kann man dem Verbote solche Kraft beimessen, daß es die ganze Erbeseinsetzung ungültig macht? Eine ausdrückliche Entscheidung, oder auch nur Erwähnung dieses Falles finden wir in den Quellen nicht, allein nach allem Bisherigen kann es keinen Zweifel leiden, daß lediglich die erstgenannte Behandlungsweise eines solchen Falles die richtige ist; dieß darum, weil er, unbefangen betrachtet, mit dem in fr. 74 cit. genannten Falle durchaus auf Einer Linie steht; in beiden Fällen liegt der ausdrücklich ausgesprochene Wille des Testator vor, der Eingesetzte solle nicht auf Alles gerufen sein; so wie nun diese Beschränkung im Falle des fr. 74 als nicht hinzugefügt betrachtet wird, so muß es consequent auch in dem andern Falle gehalten werden, denn warum sollte der nur etwas stärker ausgedrückte Wille andere Wirkung als der einfach ausgesprochene haben? Wollte man im ersteren Falle Ungültigkeit der Einsetzung annehmen, so wäre in der That nicht einzusehen, wie in dem letzteren Falle sich Aquilius Gallus für die Gültigkeit derselben entscheiden konnte. Die Verstärkung des ausgesprochenen Willen durch förmliches Verbot kommt aber auch wieder nur unserer heutigen Lebensauffassung besonders rücksichtswerth vor, während wir, die Sache rechtlich genommen, vom Standpunkte der römischen Auffassung der heredis institutio und ihrer überaus hohen Bedeutung auch hier keine andere Beurtheilung als bei der bisher betrachteten heredis institutio überhaupt gelten zu lassen berechtigt sind, mithin das Verbot, so stark dasselbe klingt, dennoch als den schwächeren Zusatz, welcher der heredis institutio weichen muß, zu betrachten haben, um so mehr, da der Testator mit Rechtsbestand nicht den Bestimmungen des jus publicum entgegen verfügen kann. — Die hier vertheidigte Meinung war denn auch immer die der Mehrzahl unserer Juristen [35]), wenn gleich sie nicht immer aus

[35]) Anton Faber, errores pragm. dec. 15 error 7. Greg. Majansius

haltbaren Gründen verfochten, und beſonders nicht auf die hohe Bedeutung der heredis institutio (das Fundament der ganzen Behandlung der institutio ex re certa) geſtützt wurde. Andererſeits fehlte es aber auch nicht an Gegnern [36]), und ſo hat insbeſondere in neueſter Zeit Mühlenbruch die Anſicht in Schutz genommen, daß hier die ganze Verfügung ungültig ſei. Seine Gründe ſind folgende: in der That ſtehe unſer fraglicher Fall mit dem in fr. 74 cit. enthaltenen durchaus nicht auf Einer Linie, letzterer ſtehe vielmehr dem gewöhnlichen Falle einer institutio ex re certa gleich, denn es ſei ſo ziemlich daſſelbe, ob man nur auf eine beſtimmte Sache eingeſetzt, oder aber mit Ausſchluß einer Sache auf das Ganze eingeſetzt ſei; in beiden Fällen gäben zwar die gewöhnlichen Interpretationsregeln das Reſultat, der Erbe ſolle auf das ausdrücklich Zugewendete, reſp. auf das nicht ausdrücklich Ausgenommene beſchränkt ſein, und im Uebrigen ſolle Inteſtaterbfolge eintreten; allein es ſei auch die andre Auslegung möglich, daß der Teſtator rückſichtlich des Ausgenommenen eine Singularſucceſſion habe eintreten laſſen wollen; nun könne man aber weder ſagen, daß durch Anordnung einer ſolchen Succeſſion der Erbe von einem Theile der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſein ſolle, noch daß durch Unterlaſſung der intendirten Anordnung der Singularſucceſſion die Einſetzung ſelbſt nichtig werde, daher müſſe, weil im Zweifel immer für die Aufrechthaltung einer letztwilligen Verfügung zu entſcheiden ſei, auch hier der Eingeſetzte Alles erhalten. Ganz anders dagegen ſei es in dem hier fraglichen Falle, hier ſei kein Zweifel über die voluntas testatoris, daß der Erbe weiter nichts erhalten ſolle; da es nun nach fr. 25 §. 1,

---

ad trig. Ict. Fragm. T. II. pag. 105 sq. Averanius, interpr. lib. 4 cap. 11, Nr. 8. Fachinaeus, controv. jur. lib. 4, cap. 15. Huber, prael. ad Pand. lib. 28, tit. 5, Nr. 7.

[36]) S. die bei Fachinaeus l. c. Angeführten.

[37]) in Glück's Commentar Bd. 40, S. 165 ff.

fr. 69 D. de leg. III Grundſatz ſei, daß der deutlich ausgeſprochene Wille des Disponenten berückſichtigt werden müſſe, der hier ausgeſprochene (das Verbot) aber wegen des Satzes nemo pro parte etc. unausführbar ſei, ſo müſſe die ganze Verfügung nichtig ſein, und Inteſtaterbfolge eintreten. Für die entgegengeſetzte Anſicht ſpreche auch nicht der Satz, daß, wenn Jemand in demſelben Teſtament eingeſetzt und enterbt ſei, die Einſetzung gelte, die Enterbung aber nichtig ſei (denn dieſer Satz erkläre ſich daraus, daß Enterbungen nicht zu begünſtigen ſeien[38]), und ebenſo wenig paſſe eine Analogie der Behandlung unmöglicher Bedingungen, denn der Wille, der Erbe ſolle nicht mehr bekommen, laſſe ſich an ſich wohl erreichen, ſofern nur die paſſende rechtliche Dispoſition dafür beobachtet ſei, da aber ein bloſes Verbot nicht die paſſende Dispoſition dafür ſei, ſo ſei es hier wie bei dem Mangel eines formellen Erforderniſſes, daher Ungültigkeit der ganzen Verfügung. — Es muß nun zunächſt Mühlenbruch zugegeben werden, daß eine Vergleichung der Behandlung unmöglicher Bedingungen und einer Enterbung in demſelben Teſtamente mit unſerem Fall ſowenig wie mit der Behandlung der institutio ex re certa überhaupt zuläſſig iſt[39]), dagegen kann durch Mühlenbruch's Deduktion nicht weggeläugnet werden, daß der Fragefall mit dem in fr. 74 cit. enthaltenen allerdings auf einer Linie ſteht, ja man kann für beide Fälle die von Mühlenbruch nur dem Letzteren gegebene mögliche Interpretation annehmen, der Erblaſſer habe rückſichtlich des Uebrigen ein Fideikommiß an die Inteſtaterben intendirt aber nicht ausgeſprochen; ſodann aber wird der Satz, der deutlich ausgeſprochene Wille des Disponenten müſſe berückſichtigt werden, von den Quellen nur für ſolche Fälle ausgeſprochen, wo er eine an ſich haltbare Dispoſition betrifft, die nur vor Mißverſtändniß zu bewah-

---

[38]) S. dagegen Note 26 am Ende (auf S. 37).
[39]) S. Note 26 auf S. 36.

ren ist, während eine unausführbare Disposition durchaus nicht immer, um ihr nicht entgegen zu verfahren, Nichtigkeit der ganzen Verfügung, auf die sie sich bezieht, zur Folge hat, im Gegentheil, wir wissen, daß der Erblasser eine Verfügung nicht mit einem contra jus publicum gehenden Beisatz versehen darf, der vielmehr dann nichtig ist, wir wissen, daß nuda praecepta wirkungslos sind, und wie sollte es sich unter Andern rechtfertigen, daß eine Erbeseinsetzung, die auf einen dies ad quem beschränkt ist (bei welcher doch auch gewiß ist, daß der Erblasser wollte, von diesem Tage an solle der Eingesetzte nicht mehr Erbe sein), dennoch gilt vitio temporis sublato? Das Hauptsächliche aber ist, Mühlenbruch fehlt darin, daß er unsere Frage nach allgemeinen Principien beurtheilen will, während sie sich doch lediglich nach dem besonderen Fundamente, auf welchem die Aufrechthaltung der institutio ex re certa überhaupt beruht, bemessen darf.

Ebenso, wie wir es für den Fall des ausdrücklichen Verbots, daß der Eingesetzte mehr bekommen solle, bestimmt haben, müßte dann auch in dem noch seltsameren Falle entschieden werden, wenn der Erblasser mit einer institutio ex re certa etwa die Erklärung verbände, rücksichtlich des Uebrigen wolle er überhaupt nicht beerbt sein; es wäre dieß eine nichtige Auflehnung gegen das jus publicum, die aber eben nur diesen Zusatz nichtig machen würde.

§. 5.

Fortsetzung.

In der durch das Bisherige entwickelten Behandlung unserer institutio ex re certa liegt nun namentlich Folgendes:

I. Zunächst ist im Auge zu behalten, daß hier eine an sich eigentlich ungültige Verfügung nur aufrecht erhalten wird. Dieß erhellt daraus, daß man ein detrahere, also einen Ausweg, für nöthig erachtet hat, daß ferner die Behandlung der Einsetzung, wenigstens bei dem in fr. 74 D. de her. inst. ent-

haltenen Falle, auf Juriſtenauktorität zurückgeführt wird, wie es denn auch in fr. 35 pr. D. eod., welche Stelle wir unten im zweiten Abſchnitte näher kennen lernen werden, heißt: „receptum esse, rerum heredem institui posse“; ebenſo erhellt es daraus, daß in §. 2 derſelben Stelle die Frage erörtert wird, ob eine ſolche Verfügung „repellenda“ ſei, wie denn auch fr. 19 D. de lib. et posth. (28. 2) (ſ. unten Nr. II) ſagt: — „aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non sunt adjuvandae“; es zeigt ſich endlich aus den angeführten Aeußerungen des fr. 35 pr. und §. 2 cit., daß man anfangs geſchwankt habe, ob eine ſolche Verfügung aufrecht zu erhalten ſei [1]). Und ein anderes, als Aufrechthaltung von etwas ſtreng genommen Ungültigem läßt ſich nach der oben in §. 2 gezeigten Unvereinbarkeit einer res certa und heredis institutio in der That gar nicht erwarten, es iſt gerade wie mit der Gültigkeit einer an einen dies certus geknüpften Erbeseinſetzung, auch ſie, als eigentlich vitiöſe, beſteht nur durch Aufrechthaltung, vitio temporis sublato [2]). Dabei darf es denn auch nicht befremden, daß in dem unten (II) näher zu beſprechenden fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6) heißt: „non videri cum vitio factam institutionem“, denn dieß ſoll nur ſagen, daß, nachdem man einmal Aufrechthaltung der institutio x re certa angenommen hat, auch die dort gemeinte Einſetzung nicht mehr als eine inutilis angeſehen werden darf.

---

[1]) v. Löhr in v. Linde's Zeitſchr. Bd. XIX, S. 77.

[2]) Von dieſem Falle ſagt daher mit Recht Vinnius ad § 9 J. de her. inst. Nr. 3: „quod dies tollitur, benevolentiae est, ne pereat ultima defuncti voluntas“, und daher auch weiter ad § 8 J. eodem von unſerm Falle: „ubi soli sint instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hereditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cum haec simul stare non possint, heredem esse, hoc est, universi juris successorem, et rem tantum obtinere singularem. S. auch Averan. interpr. jur. lib. IV cap. 11 Nr. 26. Galvan. de usufr. cap. 13 Nr. IV.

Hiernach vermag ich nicht der Ansicht Derjenigen beizutreten, welche die Gültigkeit unserer institutio ex re certa schon in consequenter Folgerung aus den Principien des Erbrechts finden, die also damit sagen: nicht etwas fehlerhaftes wird hier aufrecht erhalten, sondern ein unvollständig ausgesprochener Wille vervollständigt sich von selbst, d. h. schon nach Rechtsprincipien. Es ist namentlich nicht richtig, den Bestand solcher Verfügungen aus dem jus accrescendi zu erklären [3]), denn das jus accrescendi setzt etwas an sich Gültiges voraus, dem accrescirt werden könne [4]), auch ist die Bedeutung des Accrescenzrechts die: portio portioni accrescit, hier aber ist nicht auf eine portio hereditaria, sondern auf eine res certa [5]) instituirt, und dieser soll nicht das Uebrige (was denn auch wieder nicht als eine portio des Rechtsbegriffs der heredilas betrachtet werden dürfte) zuwachsen, sondern die res certa wird ja geradezu detrahirt, kann also keine Attraktionskraft haben. Eben so wenig läßt es sich rechtfertigen, wenn man [6]) den Grund des Bestandes der institutio ex re certa in der untheilbaren Natur der heredilas und in dem Satze nemo pro parte etc. finden will, eben weil hier gar nicht auf die hereditas, nicht einmal auf einen Theil der hereditas, sondern auf etwas von der heredilas ganz verschiedenes, ja ihr widersprechendes eingesetzt ist; auch diese Sätze müßten also zunächst gerade auf die Ungültigkeit un-

---

[3]) So z. B. Huber prael. ad Pand. lib. 28 tit. 5 Nr. 7 und viele Andere, besonders zeigt sich diese Ansicht in der Ausdrucksweise derjenigen, welche bei der am Schlusse des §. 4 aufgeworfenen Frage (wie es zu halten sei, wenn der Testator ausdrücklich verboten habe, daß der Erbe mehr als die res certa bekomme?) der an sich richtigen Ansicht sind, daß auch hier die institutio gelte; sie drücken es meist so aus: das Uebrige accrescire dem Erben trotz des Verbots des Erblassers, so Ant. Faber err. pragm. dec. 15 error 7.

[4]) Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI S. 303.

[5]) Galvan. de usufr. cap. 13, Nr. IV.

[6]) Huschke a. a. O.

ſerer Verfügung hinführen, ſie erklären nicht den Grund des Beſtandes der institutio ex re certa, ſondern nur die nothwendige Folge der einmal gebilligten Aufrechthaltung und detractio rei. In dieſem Sinne iſt es denn auch zu verſtehen, wenn fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (ſ. oben S. 24) ſagt, der von dem filiusf. paganus auf die bona castrensia eingeſetzte Erbe bekomme necessario das ganze Vermögen.

Anders freilich verhält es ſich mit dem Quotenerben, d. h. mit dem Falle, wenn der einzige Erbe nur auf eine pars hereditaria (z. B. „er ſoll Erbe ſein auf die Hälfte der Erbſchaft") eingeſetzt wird; es iſt ein weiterer Fehler, wenn man dieſen Fall mit dem unſrigen gemeinſchaftlich nennt, und die Behandlung beider nach demſelben Geſichtspunkte auffaßt. Allerdings iſt auch ein ſolcher einziger Quotenerbe gerufen zum Ganzen [7]), ſelbſt dann, wenn er auf die andre Quote nur bedingt eingeſetzt iſt, und die Bedingung noch ſchwebt oder ſchon deficirte [8]), es ſei denn, daß auf dieſe bedingt hinterlaſſene Quote ein Anderer ſubſtituirt iſt, wo dann deficiente conditione der Subſtitut coheres ex parte wird [9]); allein man kann von dem Quotenerben in der That ſagen, daß er ſchon nach Rechtsprincipien auf das Ganze gerufen, und ein adjuvare nicht nöthig iſt [10]), denn er iſt ein von Haus aus gültiger Erbe, er iſt auf etwas dem Begriffe der hereditas Entſprechendes eingeſetzt, auf den dem quale nach richtigen Gegenſtand, nur dem Quantum nach iſt die Bezeichnung des Gegenſtandes unſtatthaft, und ſelbſt dieß nur ſcheinbar, denn die Bezeichnung iſt aufzufaſſen als ein unrichtiger, oder vielmehr von dem Teſtator willkührlich, aber erlaubt gewählter Ausdruck

---

[7]) §. 5 J. de her. inst. (2, 14.) fr. 28, §. 4 D. eod. (28, 5.)

[8]) fr. 33 D. eod. (28, 5.)

[9]) fr. 27 pr. D. eod. (28, 5.) ſ. auch fr. 52 §. 1, fr. 53 D. de acq. vel om. her. (29, 2.)

[10]) Galvan. l. c.

für das Ganze [11]). Darum erwähnen denn auch die Quellen hier nirgends ein detrahere, ebenso iſt hier nie ein Schwanken in der Behandlung und allmähliche Anerkennung einer Aufrechthaltung ſichtbar, ſondern der Fall wird einfach als ſich von ſelbſt verſtehend in angegebener Weiſe entſchieden.

II. Der Grund der Aufrechthaltung unſerer institutio ex re certa iſt nicht blos der allgemeine, von unſeren Juriſten dafür angegebene, Aufrechthaltung der voluntas testatoris und des Teſtamentes, ſondern ſpeciell die in dem Römiſchen Leben allgemein anerkannte hohe Bedeutung der Erbenqualität; weil es eine heredis institutio iſt, darum wird ſie aufrecht erhalten; daraus folgt, daß dieſe Behandlung einerſeits nicht gilt bei einer mit ähnlichem Fehler verſehenen Enterbung, daß ſie aber andererſeits gilt bei einer jeden Erbeseinſetzung.

Daß bei einer exheredatio rei certae dieſe benigna interpretatio nicht gilt, ſagt ausdrücklich folgende Stelle:

Fr. 19 D. de lib. et post. (28, 2.) Paulus, lib. 1 ad Vitellium. Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit: et in cetera parte exheres mihi esto, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur; et in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Es iſt dieß bekanntlich die Stelle, auf welche man, und mit

---

[11]) §. 5 J. de her. inst. (2, 14.): non autem utique semper duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit; et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. — fr. 13, §. 1 D. eod. (28, 5.): Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit; sed solemnis assis distributio in duodecim uncias fit.

Recht, den Satz gründet, die formelle Exheredation der sui müsse geschehen a tota hereditate. So wie nemlich die institutio heredis auf den Rechtsbegriff der hereditas, und nicht auf materielle Vermögensbestandtheile gerichtet ist, so natürlich auch die exheredatio; so wie darum die institutio lange Zeit mit bestimmten Wortformeln geschah, z. B. filius mihi heres esto, die eine Erwähnung des Objekts der Einsetzung nicht einmal hatten, weil dasselbe sich schon aus der Bedeutung des heres von selbst verstand, so auch bestanden bestimmte Exheredationsformeln, exheres esto, exheres sit, exheres erit, exheredem esse jubeo [12]), ebenfalls ohne Bezeichnung des Objekts der Enterbung; ja selbst nachdem es mit den verba institutionis milder genommen wurde, geschah dieß doch nicht in gleichem Grade mit den verba exheredationis, sodaß erst Justinian die Formel: „filius alienus meae substantiae sit" als gültig gestattete [13]). So wenig ferner eine Einsetzung auf bestimmte Sachen der Bedeutung der heredis institutio entsprach, so wenig entsprach eine Enterbung von materiellen Vermögensbestandtheilen der Bedeutung der exheredatio, dieselbe war vielmehr nach strengem Recht nichtig, so gut als jene institutio ex re certa; so wie nun für letztere allmählich benigne angenommen wurde, sie gelte dennoch detracta rei mentione, so könnte man denken, auch die exheredatio rei certae hätte detracta re aufrecht erhalten werden können, so daß man als a tota hereditate exheredirt gelte, wie wenn der Testator einfach gesagt hätte: exheres esto. Allein das geschah nicht, und zwar deßhalb, quia exheredationes non sunt adjuvandae, das heißt aber eben nichts anders, als weil hier nicht die hohe Bedeutung der Erbenqualität in Betracht kommt, sondern gerade das Entziehen derselben. — Nach diesen Sätzen beurtheilt sich denn nun

---

[12]) fr. 2, §. 17 D. de lib. et posth. (28, 2.) fr. 61 D. de her. inst. (28, 5.)

[13]) c. 3 C. de lib. praet. (6, 28.)

ganz einfach der zweite in obiger Stelle genannte Fall, nämlich wenn gesagt ist: „filius meus fundi exheres esto", es ist dieß eine deutlich ausgesprochene exheredatio rei certae, allein ebenso gewiß auch jener erste Fall, wenn decem legirt sind, und dabei gesagt ist: „et in cetera parte exheres mihi esto". Man hat zwar gesagt [14]), hier könne doch das „ex cetera parte" nur die Erbschaft als universitas (also das wirkliche rechte Objekt einer exheredatio) bedeuten, da die decem ausdrücklich nur vermacht seien, man sei daher sehr weit gegangen in Durchführung der Mißbilligung einer exheredatio rei certae. Allein meiner Ansicht nach nicht, auch dieser Fall enthält eine wahre exheredatio rei certae; nicht darauf, daß die decem nur vermacht sind, und daß das „ex cetera parte" die Erbschaft bedeuten könne, ist Gewicht zu legen, sondern darauf, daß die Objekte des Vermächtnisses und der Enterbung als materielle Nachlaßbestandtheile auf Eine Linie gestellt sind, m. a. W., daß man auf die nach Abzug der decem übrigen Vermögensbestandtheile enterbt sein soll, und dieß ist wahre exheredatio rei certae, so gut wir in fr. 74 D. de her. inst. (28, 5) für den Fall: heres esto excepto fundo sagen mußten, daß der Erbe nicht auf die universitas der hereditas, sondern auf die ceterae res excepto fundo eingesetzt dasteht, mithin eine wirkliche institutio ex re certa vorliegt (wie hätte es sonst der besonderen Auctorität des Aquilius Gallus bedurft, um diese Einsetzung aufrecht zu halten, wenn man ihr Objekt schon ohnedieß als das universum jus defuncti angesehen hätte?). Gerade so ist es hier: die exheredatio wird als nicht gültig betrachtet, weil man sie in der That als nichts anders denn als wahre exheredatio ex re certa ansehen durfte. Man kann also selbst nicht mit Mühlenbruch a. a. O. sagen, Scävola habe darum so entschieden, weil die Verfügung zur Noth auch so hätte

[14]) Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, S. 69. — Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 36 S. 427.

verſtanden werden können: in Anſehung des übrigen Theils ſoll er enterbt ſein, ſondern man muß ſagen, ſo und nicht anders muß man in der That die Verfügung verſtehen. Das Objekt der exheredatio muß, ſelbſt wenn ein Vermächtniß dabei ausgeſetzt iſt, doch rein gehalten werden von aller Beziehung auf materielle Beſtandtheile der Erbſchaft [15]).

Während nach dem Bisherigen die exheredatio rei certae überall keine Billigung findet, muß andererſeits, unſerem Geſichtspunkte zufolge, eine jede institutio ex re certa aufrecht erhalten werden, d. h. nicht blos die eigentliche institutio, ſondern auch die auf eine res certa beſchränkte substitutio, mag dieſe eine vulgaris oder eine pupillaris ſein, denn beide ſind nichts als bedingte Erbeseinſetzungen [16]). Für die auf res certae beſchränkte substitutio pupillaris wird uns dieſe Aufrechthaltung ſogar ausdrücklich angegeben in einer Stelle, deren Schluß bereits oben S. 23 angeführt iſt; ſie lautet vollſtändig ſo:

> Fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6) Papinianus lib. VI Responsorum. Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: ille filius meus, si, quod abominor, intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemve ejus Titius heres esto, non magis, si post demonstratam conditionem sibi heredem esse substitutum jussisset, nam et qui certae rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.

---

[15]) So wie z. B. in fr. 61 D. de her. inst. (28, 5.): qui volebat filiam exheredare, sic testamento comprehendit: te autem filia ideo exheredavi, quoniam contentam te esse dote volui; quaero, an inefficaciter exheredata sit? Modestinus respondit, nihil proponi, cur non esset voluntate testatoris exheredata.

[16]) v. Löhr im Archiv für civil. Praxis. Bd. XXII, S. 318 und 323 Note 32. — Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40, S. 259, Note 1.

Man war ſchon zur Zeit der Gloſſatoren uneinig, welchen Punkt der hier angeordneten Subſtitution Papinian vor der Mißdeutung eines vitium habe bewahren wollen [17]); Einige ſagten, der impubes ſei hier nicht ausdrücklich in den primis tabulis inſtituirt worden, weil aber der Teſtator geſagt habe, Titius ſolle in locum partemve ejus Erbe ſein, ſo ſei es anzuſehen, als habe der Vater den Pupillen ausdrücklich inſtituirt; Andere fanden den Punkt darin, daß der Subſtitut nicht einfach auf das Vermögen des Kindes, einerlei woher es komme, eingeſetzt ſei, ſondern nur auf das vom Vater herrührende. Dieſe letztere Auffaſſung iſt augenſcheinlich die einzig richtige, wie der ganze Zuſammenhang zeigt; die Worte in locum partemve ejus bezeichnen dasjenige, was der Pupill von dem Vater erben wird; dieß, es mag noch ſo bedeutend ſein, bleibt doch immer im Vergleiche zu dem geſammten auch anders woher erworbenen Vermögen des Pupillen ein materiell bezeichneter Vermögensbeſtandtheil, alſo eine res certa, die darauf gerichtete Subſtitution iſt alſo ſtreng genommen eine cum vitio facta, allein Papinian entſcheidet, ſie ſolle eben ſo wenig ungültig ſein, als die, ſeit verändertem Geſichtspunkte der substitutio pupillaris eigentlich auch nicht ganz richtige Einſetzungsformel: si filius meus —— decessit, tunc Titius mihi [18]) heres esto, und zwar dieß darum, weil

---

[17]) S. glossa ad h. l.

[18]) Dieſe Einſetzungsformel (ſ. auch z. B. fr. 1, §. 1 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.) erklärt ſich daraus, daß die urſprüngliche Bedeutung der subst. pup. die war: der parens ernannte in dem Subſtituten ſich ſelbſt einen zweiten Erben (Franke, Recht der Notherben, S. 458 ff.; v. Wangerow, Leitfaden, Bd. II §. 452. Anmerk.); als ſich ſpäter die Auffaſſung der subst. pup. als eine Erbeseinſetzung für das Kind geltend zu machen anfing, zeigte ſich dieſelbe auch in der Art, wie man nun jene Einſetzungsformel behandelte; ſo erklärt ſich: fr. 8 §. 1 D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11.): qui filio impuberi substituitur ita: „si filius meus moriatur, prinsquam in suam tutelam veniat, tunc Titius mihi heres esto“, sicut hereditatem vindicat, perinde ac si verbum hoc **mihi** adjectum non esset, ita bonorum quoque ejus possessionem accipere potest.

auch der institutus ex re certa dennoch (detracta re) auf das Ganze gerufen sei. Jene erst genannte Meinung, und der von ihr vorgebrachte Anstand beseitigt sich einfach dadurch, daß Papinian nicht die ganze väterliche Verfügung, sondern nur das seiner Rechtsfrage relevante Stück derselben mittheilt, und dabei in der That voraussetzt, der Vater habe in den primis tabulis den Pupillen wirklich institnirt, und zwar ex parte; denn es würde sonst jene erste Meinung dem Papinian eine Entscheidung unterschieben, die er gewiß nicht gegeben hätte, nämlich die der Annahme einer stillschweigenden Erbeseinsetzung [19]).

Endlich aber bedarf es wohl keiner Bemerkung, daß die ganze institutio ex re certa und ihre Behandlung nur denkbar ist bei der direkten Erbeseinsetzung, nicht auch bei Anordnung einer hereditas fideicommissaria, es kann die Frage gar nicht entstehen, ob ein Fideikommissar, welchem res certae restitnirt werden sollen, als Universal-Fideikommissar gemeint und als solcher aufrecht zu erhalten sei. Denn während der direkte Erbe schon der Anordnung nach ein heres ist, d. h. als solcher institnirt wird, und dann das Objekt seiner Berufung (als sich nach jus publicum von selbst verstehend) von dem Testator gar nicht angegeben zu werden braucht, sodaß erst wenn er wirklich ein mit der aus der Institution erhellenden Erbenqualität unverträgliches Objekt (res certa) beigefügt hat, die Frage nach Behandlung und Aufrechthaltung der Verfügung auftauchen kann, ist der heres fideicommissarius der Anordnung nach ein reiner Vermächtnißnehmer, nicht als Erbe, sondern als Vermächtnißnehmer, d. h. zur mit-

---

Das „mihi heres esto" betrachtete man jetzt gewissermaßen als eine institutio ex re certa, und behandelte sie demgemäß. Gerade hieraus erklärt sich noch mehr der Zusammenhang unsrer obigen Stelle.

[19]) Denn daß mindestens nach Pandektenrecht der Satz positi in conditione non est in dispositione feststeht, kann doch nicht bezweifelt werden. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 234 ff. — v. Vangerow, Leitf. Bd. II § 449, Anmerk. 1.

telbaren Succeſſion, wird er berufen; ſowie nun jeder Vermächtnißnehmer erſt dadurch einen beſtimmten rechtlichen Gehalt bekommt, daß der Erblaſſer das Objekt, das ihm werden ſoll, wirklich angibt, ſo verſteht es ſich auch, daß ein Univerſalvermächtniß nur da angenommen werden kann, wo der Erblaſſer ein der hereditas fideicommissaria entſprechendes Objekt bezeichnet hat, alſo Reſtitution der hereditas oder einer pars hereditaria [20]); nur hier hat der Vermächtnißnehmer ein Recht, den direkten Erben zur Antretung zu zwingen, nur hier wird er durch die Reſtitution heredis loco; hat dagegen der Erblaſſer eine certa res vel quantitas (wie bedeutend ſie auch dem Quantum nach ſein möge), als Reſtitutionsobjekt bezeichnet, ſo hat er damit klar und deutlich ein Singularvermächtniß gewollt und bezeichnet, und dabei hat es ſein Bewenden, es kann weder die Rede davon ſein, dem Vermächtnißnehmer hier mit Beibehaltung dieſes Objekts und mit Rückſicht auf daſſelbe die rechtliche Lage eines heres fideicommissarius zu verſchaffen [21]), (alſo Recht auf Zwang zur Antretung gegen den Erben und heredis loco werden nach der Reſtitution), noch liegt eine Veranlaſſung und rechtliche Möglichkeit vor, ihn durch Veränderung des Objekts und Subſtituirung eines der he-

---

[20]) Mit welchen Ausdrücken unter dieſer Vorausſetzung der Erblaſſer das Reſtitutionsobjekt bezeichnet hat, iſt gleichgültig, fr. 14 §. 78. fr. 15. fr. 16 pr. §. 1 D. ad Sct. Treb. (36, 1,), wenn nur: „de universitate sensisse testatorum apparet“ fr. 16 §. 2 D. eod. ſ. auch fr. 14 §. 5 D eod.

[21]) fr. 16 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1) : et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus; dieß gilt, ſelbſt wenn die res certae noch ſo bedeutend, vielleicht ein ganzer Vermögens-Complex ſind, z. B. quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogatus, fr. 16, §. 6 D. eod. Daß es in dieſer Stelle weiter heißt, bei dem miles ſei es anders, hier gelte bei der Reſtitution ſolcher res certae allerdings das Sct. Trebell., und zwar dieß darum, weil der miles auch eine institutio ex re certa mit der Wirkung anordnen könne, daß der Eingeſetzte Erbe auf dieſe Sache werde, gehört noch nicht hierher.

reditas fideicommissaria entſprechenden Objekts ihn zum Univerſal-Fideikommiſſar zu geſtalten [22]).

---

[22]) Auch für Anordnung einer tutela findet ſich eine Beſchränkung auf res certae erwähnt, wird aber hier anders behandelt als die der heredis institutio beigefügte. fr. 12 — 15 D. de test. tut. (26, 2): Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus; (fr. 13) et si data fuerit, tota datio nihil valebit; (fr. 14) quia personae non rei vel causae datur; (fr. 15) si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriacae, utilis datio est; hoc enim jure utimur. — §. 4 J. qui test. tut. (1, 14): certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae, vel rei datur. — Auch der tutor nämlich hat mit der Perſönlichkeit des Pupillen, wie der heres mit der Perſönlichkeit des Erblaſſers zu thun, jener ergänzend für die durch Willensakte coneret werdenden Reſultate der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Pupillen, dieſer repräſentirend die bei dem Erblaſſer coneret gewordene vermögensrechtliche Perſönlichkeit. Folge bei jenem iſt die auctoritatis interpositio bei allen vermögensrechtlich verpflichtenden Willensakten des Pupillen, wie Folge bei dieſem das gleichmäßige Gerufenſein zu allen Erbſchaftsbeſtandtheilen; in beiden Fällen daher geht Beſchränkung auf res certa gegen das Weſen des Rechtsverhältniſſes; aber die Behandlung iſt in beiden Fällen verſchieden, bei der tutela gilt Anordnung auf certae res vel causae 1) zuweilen ſchon de jure, und zwar aus Zweckmäßigkeitsgründen; dieß in Specialfällen bei der tutula dativa, und der Geſchäftserleichterung wegen, wenn die certae res zugleich Abtheilung nach Regionen enthalten (res Africanae, Syriacae); 2) wo ſie aber hiernach nicht ſchon de jure gilt, wird die tutela testamentaria nicht aufrecht erhalten detracta rei mentione, ſondern bleibt ungültig. Daß dieß ſolange galt, als auch die institutio ex re certa nicht anerkannt wurde, iſt natürlich, daß es aber auch nachdem die institutio ex re certa in genannter Art aufrecht erhalten wurde, fortwährend galt, erklärt ſich wohl aus Folgendem: Grund der Aufrechthaltung der institutio ex re certa iſt die hohe Bedeutung der Erbenqualität, bei der tutela iſt dieſe Rückſicht nicht da, aber ſelbſt allgemeiner betrachtet muß man ſagen: bei der institutio trifft der Erblaſſer eine Beſtimmung, die ihn ſelbſt angeht, hier, bei der Frage, wer ihn repräſentiren ſoll, iſt es natürlicher, ſeine voluntas ſo weit wie möglich zu berückſichtigen; bei der tutoris datio trifft er eine Beſtimmung im Intereſſe des Mündels, hier läßt es ſich eher rechtfertigen, daß des Vaters Wille nur gilt, wenn er der rechtlichen Bedeutung der Tutel gemäß ausgeſprochen iſt, zumal da man ſelbſt im Sinn der voluntas patris nicht gewiß weiß, ob ſolche tutores, die wohl für die res certae das Vertrauen des Erblaſſers für ſich haben, auch im Uebrigen der Art ſind, daß „fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est (wie es in einer anderen Rückſicht — Befreiung von der satisdatio — in pr. J. de satisd. tut.

III. Die Art und Weiſe der Aufrechthaltung unſerer institutio ex re certa iſt von der Art, daß ſie ein Reſultat gibt, das durchaus nichts Singuläres, keine Anomalie von den in §. 1 und 2 hervorgehobenen Principien des Erbrechts, insbeſondere von der Bedeutung der heredis institutio gibt, ſondern dem jus commune auf das Vollſtändigſte entſpricht. Durch Wegdenken der rei mentio iſt auch dieſer Erbe, wie ein jeder Teſtaments- oder Inteſtaterbe, zur Repräſentation des Verſtorbenen, zum universum jus defuncti gerufen, es iſt nicht das Reſultat herbeigeführt, daß ein Erbe auf die res certa und nur auf dieſe geſchaffen und rechtlich anerkannt worden iſt, im Gegentheile die ganze Behandlung zeigt, daß man eben allein darum ſo verfahren iſt, weil man den Satz feſthielt: es kann Niemand Erbe auf eine res certa ſein, es kann eine institutio ex re certa nicht dieſe Wirkung haben. Dieſe einfachen, ſich nach dem Bisherigen ganz von ſelbſt verſtehenden Sätze wollten wir hier nur gerade wegen ihrer einfachen Wahrheit noch einmal beſonders ausſprechen; es könnte ſein, daß wir im weiteren Verlaufe unſerer Darſtellung bei verwickelteren Verhältniſſen an die einfache aber ernſte Wahrheit dieſer Sätze zu erinnern hätten.

IV. Endlich kann die Frage, wann und durch welche Rechtsquelle die Aufrechterhaltung der institutio ex re certa

---

(1, 24) von den tutores testamentarii heißt). Nimmt man dazu, daß der Geſichtspunkt der Vormundſchaft als Sorge für den Mündel im Römiſchen Rechte immer mehr hervortrat, und daß man in Folge dieſes Geſichtspunkts nicht jede Beſtimmung des die Tutel verordnenden Vaters gelten ließ, vielmehr der Vormundſchaftsbehörde geſtattete, aus guten Gründen davon abzugehen, z. B. fr. 1 §. 1 D. ubi pup. educ. (27, 2), fr. 7 D. de ann. leg. (33, 1), ſo erklärt ſich hinreichend die von der institutio ex re certa abweichende Behandlung der auf res certa beſchränkten datio tutoris. Heißt es doch auch bezüglich der personae incertae noch nachdem ihnen Juſtinian Bedenkfähigkeit gab, in §. 27 J. de leg. (2, 20): tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.

in dem Römiſchen Rechte aufkam, nach dem Bisherigen nicht zweifelhaft ſein. Es geſchah weder durch einen Akt der geſetzgebenden Gewalt, noch durch Vermittlung des prätoriſchen Edikts, ſondern lediglich durch Juriſtenrecht, durch prudentum interpretatio; dieß erhellt daraus, daß wenigſtens die Behandlung Eines Falles der institutio ex re certa, des in fr. 74 D. de her. inst. erwähnten, auf die Auktorität eines Juriſten, des Aquilius Gallus zurückgeführt wird, daß ferner in derſelben Stelle geſagt wird: „perinde erit jure civili“, womit in dieſem Zuſammenhange nichts anders als das jus civile im engſten techniſchen Sinn gemeint iſt, das heißt eben das Recht, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit [23]), es wird endlich dadurch beſtätigt, daß Ulpian in dem bereits oben beiläufig erwähnten fr. 35 pr. D. eod. ſagt: dicebam, receptum esse, rerum heredem instituti posse, bekanntlich aber wird der Ausdruck receptum est vorzugsweiſe für diejenigen Rechtsſätze gebraucht, welche ihre Entſtehung der prudentum interpretatio verdanken. Dieſe bewegte ſich denn auch hier in der That ohne Ueberſchreitung ihrer Gränzen völlig in ihrem Rechte, denn die Behandlung der institutio ex re certa enthält nicht ſowohl die Einführung eines eigentlich neuen Rechtsſatzes, beruht vielmehr auf der Interpretation der höchſten voluntas testatoris, man gewann einer formell ungültigen Verfügung eine materiell gültige Seite ab. Was die Zeit betrifft, in welcher dieſe Behandlung aufkam, ſo war es, wenn die oben bei Erörterung des fr. 74 D. de her. inst. deßfalls gemachten Bemerkungen richtig ſind, wohl nicht erſt Aquilius Gallus, der ſich für die Aufrechthaltung unſerer institutio ex re certa ausgeſprochen hat, er wendete vielmehr eine bereits anerkannte Theorie auf einen beſonderen Fall an, lange vorher mochte indeß dieſe Theorie ſelbſt nicht beſtanden haben; wir

---

[23]) Fr. 2 §. 12 D. de orig jur. (1, 2.)

können im Allgemeinen ſagen, ſie gehört der media jurisprudentia an [24]).

Dagegen verdient es andererſeits kaum einer Widerlegung, wenn Galvanus [25]) ſagt, urſprünglich ſei in Gemäßheit der Worte der zwölf Tafeln : uti legassit, ita jus esto auch die institutio ex re certa geradezu (alſo mit der Wirkung, daß der Gerufene wirklich auf die Sache und nur auf ſie Erbe geworden ſei) zuläſſig geweſen, und erſt ſpäter, nachdem, wie Pomponius in fr. 120 D. de verb. sign. ſage : id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium, habe die media juris prudentia jenen Zwölftafel-Worten unter Anderem auch die Beſchränkung beigefügt : „nisi testator instituerit heredem ex re certa“. Im Gegentheile, bedenkt man die alte Form der Teſtamentserrichtung per aes et libram, insbeſondere die bei der familiae mancipatio von dem familiae emtor, der urſprünglich keine von dem heres institutus verſchiedene Perſon war [26]), gebrauchten, generell ſich auf die familia pecuniaque testatoris bezeichneten Worte [27]), ſo darf man mit Gewißheit behaupten, daß urſprünglich eine institutio ex re certa bei den Römern überhaupt nicht vorkam; als ſich aber ſpäter die erſten Fälle der Art ereigneten, wurde ſicher anfangs die Verfügung als ungültig verworfen [28]), und erſt ſpäter trat jene benigna intrepretatio durch das Juriſtenrecht ein.

§. 6.

2) Beſchränkung auf die res certa.

Wir haben indeſſen unſere institutio ex re certa nunmehr noch von einer anderen Seite zu betrachten. Durch das Bisher-

---

[24]) In dem Sinne von §. 3 J. de legit. agnat. succ. (3, 2) : „qua erat lege XII tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior“.

[25]) De usufr. cap. 12 Nr. X.

[26]) Gaj. II. §. 103.

[27]) Gaj. II. §. 104.

[28]) S. auch oben S. 11 Note 4.

rige (§§. 4, 5) wurde nur gezeigt, daß der heres ex re certa institutus als auf das Ganze gerufen angesehen wird, und zwar dieß als unvermeidliche Consequenz davon, daß man ihn überhaupt als heres anerkennt; dabei sahen wir, daß das Römische Recht sich von dieser Behandlung auch dadurch nicht abhalten läßt, daß in Folge derselben der Eingesetzte nun vielleicht auch Alles bekommt, obschon hierdurch ein Theil der voluntas testatoris der Aufrechthaltung des hauptsächlichen Willens geopfert wird.

Aber, so ließe sich im Interesse möglichst vollständiger Aufrechthaltung der in unserer institutio ex re certa zu erblickenden voluntas testatoris weiter fragen, ist es auch wirklich rechtlich nothwendig, daß der Eingesetzte, weil er auf das Ganze gerufen ist, nun auch Alles bekommt? Ließe sich nicht nebenbei in irgend einer Art auch die Beschränkung auf die res certa aufrecht erhalten? Denn wir wissen, daß in der That rücksichtlich dessen, auf was ein Erbe gerufen ist, und rücksichtlich dessen, was er bekommt und behält, rechtlich ein großer Unterschied sein kann (s. oben S. 6); im Zweifel allerdings wird der auf das Ganze gerufene Erbe auch Alles bekommen, allein nothwendig ist dieß nicht, es kann auch sein, daß er einen Theil des Vermögens (ja Alles) an Andere als Vermächtniß zu restituiren hat, ohne daß dadurch seiner Erbenqualität ein Eintrag geschieht. So ließe sich denn auch hier sagen: mit Anordnung der institutio ex re certa hat der Testator in Einem Satze zwei Willen kund gegeben: der Eingesetzte soll gerufen sein als Erbe, bekommen aber soll er nur die res certa; und fragen wir dabei, wen wohl der Testator für das übrige Vermögen bestimmt hat, so läge die Antwort sehr nahe, vernünftigerweise kann er niemand anders als seine Intestaterben gemeint haben, die Intestaterben sind ja die Personen, welche kommen, wenn der Erblasser nicht letztwillig verfügt hat, er hat dieselben also wohl auch hier soweit im Sinne gehabt, als er über sein Vermögen nicht verfügt hat. Da nun überhaupt

die Aufrechthaltung unſerer institutio ex re certa ihren Grund hat in der Rückſicht auf die voluntas testatoris, und darum auch die Art und Weiſe der Aufrechthaltung nur möglichſter Anſchluß an dieſe voluntas ſein kann, ſo dürften wir der ſoeben genannten Auffaſſung unſerer Anordnung zu Folge vielleicht erwarten, daß die vollſtändige, dem Willen des Erblaſſers nach jeder Beziehung entſprechende Behandlung der institutio ex re certa dahin gehe; gerufen iſt der Eingeſetzte als Erbe zum universum jus defuncti, und in dieſer Rückſicht, d. h. zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität, wird die rei mentio detrahirt, dagegen rückſichtlich des Bekommens wird die Erwähnung der Sache allerdings noch fortwährend beachtet, in der Art, daß der Eingeſetzte nichts weiter als die res certa bekommt und behält, das übrige Vermögen aber als Vermächtniß an die Inteſtaterben fällt. Hat auch der Teſtator dieß nicht formell und juriſtiſch angeordnet, ſo entſprechen wir doch durch dieſe Art der rechtlichen Behandlung ſeiner Verfügung vollſtändig demjenigen, was er als praktiſches Endreſultat derſelben wohl gewollt hat.

Prüfen wir indeſſen genauer, ſo zeigt ſich bald, daß eine institutio ex re certa an ſich, d. h. ſofern nicht zugleich noch ſonſtige Beziehungen vorliegen, eine ſolche Behandlung in der That nicht zuläßt; theils der Wille des Erblaſſers ſelbſt, theils die Unmöglichkeit einer juriſtiſchen Conſtruktion derſelben, theils die Ausſprüche der Quellen ſtehen entgegen.

Zuvörderſt nemlich liegt, wie wir ſchon früher hervorheben mußten, in der Anordnung einer institutio ex re certa nicht immer der Wille, den Eingeſetzten auf die ausdrücklich genannten Sachen zu beſchränken, der Teſtator kann mit ihrer Bezeichnung unter Umſtänden ſein Vermögen überhaupt gemeint haben (ſ. S. 23 Nummer 1); daß in ſolchen Fällen der Eingeſetzte Alles bekommt, und zwar ſchon ex voluntate testatoris, verſteht ſich von ſelbſt; wir dürften alſo bei der ferneren Betrachtung nur an diejenigen Fälle denken, in welchen es wirklich gewiß iſt, daß

der Teſtator den Erben auf die ihm zugewieſenen Sachen beſchränken wollte.

Solange nun die legata des alten Rechts die einzigen Vermächtniſſe waren, konnte auch in dieſen Fällen jene Behandlung nicht eintreten, dieß darum, weil es an einem juriſtiſchen Anhaltspunkte fehlte, ſie formell zu conſtruiren, geſetzt auch, man ſie berechtigt, den negativen Willen, der Eingeſetzte ſolle nicht Alles bekommen, poſitiv dahin aufzufaſſen, die Inteſtaterben ſollten das Uebrige bekommen. Die legata forderten die Einhaltung beſtimmter ſtrenger Formen, dabei war insbeſondere der Honorirte ſpeciell zu bezeichnen. Aus dieſen Gründen mußten wir bereits oben (S. 38) die Anſicht von Donellus mißbilligen, daß in fr. 74 D. de her. inst. (28, 5) die Lesart der Florentina vorausgeſetzt, Aquilius Gallus nichts Neues eingeführt haben würde, ſondern in der Verfügung „excepto fundo, excepto usufructu heres esto“ neben der Erbeseinſetzung auch ein rechtsgültig angeordnetes Legat zu erblicken ſei; aus denſelben Gründen müſſen wir nun aber auch weiter hier für die institutio ex re certa überhaupt (ſie ſei als Ausſchluß von beſtimmten Sachen, oder als Einſetzung auf beſtimmte Sachen angeordnet) ſagen: die darin erſichtliche Beſchränkung des Erben auf die res certae konnte damals nicht als ein Legat behandelt, und auf dieſem Wege aufrecht erhalten werden, denn das hat doch augenſcheinlich keinen Zweifel, daß bei einem ſo ſtreng formellen Inſtitute, wie die legata waren, der Satz feſtſtand: da wo eine Verfügung nicht ausdrücklich und formell gültig als ein legatum angeordnet worden, war man auch nicht berechtigt, dieſelbe wie ein Legat zu behandeln. Und ſo iſt es gewiß, daß die institutio ex re certa urſprünglich (ihre Aufrechterhaltung als Erbeseinſetzung gehört ja einer Zeit an, in welcher die legata die Alleinherrſchaft im Gebiete der Vermächtnißtheorie behaupteten) lediglich die aus §. 4 und 5 hervorgehende Geſtalt hatte, d. h. der heres ex re certa institutus, ſelbſt wo ihn der Teſtator erweislich auf die Sache

beſchränken wollte, bekam dennoch contram voluntatem mit Rechtsnothwendigkeit das Ganze, die rei mentio wurde für das Gerufenſein wie für das Bekommen detrahirt.

Dagegen ſollte man denken, daß mit Aufkommen der fideicommissa ein neues, für die Aufrechthaltung der voluntas testatoris in der fraglichen Beziehung günſtigeres Licht in die Behandlung unſerer institutio ex re certa gedrungen ſein müßte. Die Anordnung der Fideikommiſſe iſt nicht an eine beſtimmte Form gebunden, es entſcheidet bei ihnen magis voluntas, quam scriptura [1]); in Folge davon gibt es bekanntlich nicht nur ausdrückliche, ſondern auch ſogenannte ſtillſchweigende Fideikommiſſe, d. h. in Fällen, wo der Erblaſſer eine Verfügung getroffen hat, die zwar nicht in ausdrückliche Fideikommißworte eingekleidet iſt, wohl aber ſich als Fideikommiß behandeln läßt, da wird dieſelbe auch in der That als Fideikommiß behandelt, es wird ſo angeſehen, als enthielte die Verfügung wirklich verba fideicommissaria. So gilt z. B. die dem Erben gemachte Auflage, die Erbſchaft mit einem Dritten zu theilen, als ein zu Gunſten des Letzteren angeordnetes fideicommissum hereditatis [2]), ſo ferner wenn der Erblaſſer den Erben bittet, er möge ſich einen Dritten zu Erben einſetzen, wird dieß ſo angeſehen, als habe er ihn fideikommiſſariſch verpflichtet, die Erbſchaft dereinſt an dieſen Dritten zu reſtituiren [3]), und umgekehrt, wenn der Erblaſſer, der z. B. einen Sohn und eine Tochter hinterläßt, der Tochter auferlegt, ſich, ſolange ſie keine Kinder hat, kein Teſtament zu errichten, ſo wird dieß ausgelegt als fideikommiſſariſche Verfügung, wonach die Tochter, falls ſie kinderlos ſtirbt, ihren vom Vater herrührenden

---

[1]) c. 16 C. de fideic. (6, 42.)

[2]) Fr. 19 §. 1 D. ad Sct. Treb. (36, 1.) Einen ähnlichen Fall enthält fr. 78 pr. D. eod.

[3]) Fr. 114 §. 6. 7 D. de leg. I., fr. 17 pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.) — S. auch fr. 77 §. 35 D. de leg. II.

Erbtheil dem Bruder zu reſtituiren hat [4]); ebenſo wenn der Erblaſſer einen paterfamilias zugleich mit deſſen Kindern in potestate zum Erben einſetzt, unter der Auflage an den Erſteren, die Kinder zu emancipiren, ſoll dieß dahin aufgefaßt werden, der Vater habe ſeinen Kindern nach der Emancipation (die hier erzwungen werden kann) die ihnen deferirten, aber durante potestate dem Vater erworbenen Erbportionen zu reſtituiren [5]); es gilt ferner die dem Erben gemachte Auflage, beſtimmte Erbſchaftsſachen nicht zu veräußern, als Fideikommiß dieſer Sachen für diejenigen, zu deren Gunſten das Veräußerungsverbot angeordnet iſt [6]). Indem hiernach auf den Grund der erſtarkten Fideikommiß-Theorie gar manche [7]) nicht formell als Vermächtniß ausgedrückte Verfügung aufrechterhalten wird durch Behandlung als Fideikommiß, dürften wir uns wohl für berechtigt halten, auch in unſerer institutio ex re certa neben der Erbeseinſetzung verba fideicommissaria des Sinnes zu erblicken, der heres ſolle das Uebrige den Inteſtaterben als Fideikommiß herausgeben, ja es ſcheint, wir werden darauf beinahe nothwendig geführt, wenn man bedenkt, daß die Quellen in zwei, einer institutio ex re certa ganz

---

[4]) Fr. 74 pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.) Tochter und Sohn ſind hier als Miterben des väterlichen Vermögens zu denken. — Wenn dagegen fr. 77 §. 24 D. de leg. II in dem Teſtirverbot keine Annahme eines Fideikommiſſes findet, ſo iſt dieß kein Widerſpruch, denn in letzterer Stelle heißt es ausdrücklich: zu dem eignen Wohl der Erbin (pro salute sollicitus ipsius) gebe ihr der Erblaſſer auf, nicht zu teſtiren, ſolange ſie keine Kinder habe, es iſt alſo keine Anordnung zu Gunſten eines Dritten in dem Teſtirverbot hier zu ſehen.

[5]) Fr. 92. 93 D. de condit. (35, 1.)

[6]) Fr. 114 §. 14 D. de leg. I.

[7]) Man thut nicht gut, wenn man, wie dieß in Lehrbüchern geſchieht, die Fälle der ſogenannten ſtillſchweigenden Fideikommiſſe wie etwas der Zahl nach abgeſchloſſenes aufzählt, es laſſen ſich noch andere Fällen denken, als die in den Quellen gegebenen, eben weil die voluntatis quaestio ſich nicht abgrenzen läßt; aber ſelbſt die Quellen enthalten mehr Fälle, als gewöhnlich von unſeren Juriſten angegeben werden, wie unter andern auch der Verlauf unſerer Abhandlung zeigen wird.

ähnlichen, Fällen in der That ein ſtillſchweigendes Fideikommiß annehmen; der eine Fall iſt der *) : wenn der Teſtator ſich einen heres ex asse ernennt, dabei aber zugleich beſtimmt, er möge für die hinterlaſſene Erbſchaft, die, wenn der Erblaſſer ohne Teſtament verſtorben wäre, an ſeinen (des Erblaſſers) Bruder legitimo jure gefallen ſein würde, ſich mit einer beſtimmten Summe zufrieden geben, ſo gilt dieſer Bruder als heres fideicommissarius; nun iſt es aber doch offenbar ganz ein und dieſelbe Verfügung, ob ich in zwei Sätzen ſage : A ſei mein Erbe, aber er ſoll zufrieden ſein mit dem fundus, oder ob ich (wie in fr. 1 §. 4 D. de her. inst.) geradezu in Einem Satze ſage : den A inſtituire ich zum Erben auf den fundus. Der zweite Fall iſt der **) : der Erblaſſer ſetzt mehrere Erben ein, darunter Einen auf die Hälfte des Nachlaſſes, jedoch mit Ausnahme gewiſſer Gebäulichkeiten, von denen er ſagt, dieſe ſollen nicht zur Erbportion dieſes Miterben gehören; dieſe Gebäulichkeiten gelten als Fideikommiſſe zu Gunſten der übrigen Miterben; nun aber iſt es doch auch hier wieder of-

*) Fr. 69 pr. D. de leg. II (Papinian. lib. 19 quaest.) : Peto, Luci Titi, contentus sis decem aureis; fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est : peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripserit heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur : peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.

**) Fr. 86 pr. D. de leg. II (Papinian. lib. 13 respons.) : Cajus Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum, excepto domu mea, et paterna, in quibus habito, cum omnibus, quae ibi sunt. Quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere; quaero, — — — an omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Es wird in dieſer Stelle als ſich von ſelbſt verſtehend vorausgeſetzt, daß wirklich den Miterben das Ausgenommene zufällt, und nur unterſucht, was alles zu den Gebäuden gehört.

ſenbar ein und dieſelbe Verfügung, ob ich in zwei Sätzen ſage: A ſei mein Erbe, allein er ſoll ausgeſchloſſen ſein von einem fundus, oder ob ich (wie in fr. 74 D. de her. inst.) in Einem Satze ſage: den A ſetze ich zum Erben ein excepto fundo.

Dennoch aber ſind wir in der That nicht berechtigt, für unſere institutio ex re certa die erwartete Behandlung eintreten zu laſſen; ſo frei nämlich die ein Fideikommiß enthaltende Ausdrucksweiſe ſein darf, ſo ſteht doch andererſeits ſelbſt für die ſogenannten ſtillſchweigenden Fideikommiſſe der Satz feſt, daß die Anordnung nur dann berückſichtigt werden kann, wenn mit Beſtimmtheit erhellt, zu weſſen Beſten ſie gelten ſoll [10]), ſei es daß der damit Honorirte bei der Anordnung ſelbſt genannt oder deutlich bezeichnet iſt (z. B. Auflage, mit dem A die Erbſchaft zu theilen, den A zum Erben einzuſetzen ꝛc.), oder ſei es, daß derſelbe in einem anderen Theile der letzten Willensordnung in anderer Beziehung genannt iſt, ſodaß bei der den Erben beſchränkenden Anordnung an den dort Genannten als Honorirten zu denken iſt (was beſonders dann gilt, wenn einem Theilerben das ſtillſchweigende Fideikommiß auferlegt iſt, wo dann der Miterbe als honorirt gilt, z. B. in den Fällen des fr. 69 pr. u. fr. 86 pr. D. de leg. II); ſo finden ſich denn auch nicht nur in ſämmtlichen Stellen (ſ. z. B. die Stellen der Note 2 — 5 auf S. 64 u. 65, und der Noten 8 u. 9 auf S. 66) die Honorirten als aus einer Willenserklärung des Erblaſſers erſichtlich vorausgeſetzt, ſondern es wird auch ausdrücklich geſagt, ein letztwilliges Veräußerungsverbot, ſofern nicht erſichtlich ſei, zu weſſen Vortheil es angeordnet iſt, verdiene als nudum praeceptum keine Beachtung [11]); wir ſind alſo nicht berechtigt, in dem Falle, wenn kein von dem Erblaſſer in genannter Art bezeichneter Honorirter erhellt, gewiſſermaßen als letzte Inſtanz, an welche

---

[10]) Mühlenbruch, Pandekten §. 730, Note 5, und derſelbe in Glück's Commentar Bd. XL, S. 168, Note 2.

[11]) Fr. 114 §. 14 D. de leg. I, fr. 38 pr., fr. 93 pr. D. de leg. III.

der Teſtator gedacht habe, ſeine Inteſtaterben anzunehmen, vielmehr ſowie die bloße Nennung eines Honorirten ohne daß erhellt, womit er honorirt ſein ſoll, ungültig iſt [12]), ſo auch eine Anordnung, bei welcher der Honorirte nicht aus irgend einer Willensdispoſition des Erblaſſers hervorgeht.

Dieſe Sätze haben wir ſonach auch für unſeren Fragefall anzuerkennen, wir müſſen ſagen: an ſich könnte allerdings die erweisliche Beſchränkung auf die res certa aufgefaßt werden als verba fideicommissaria, ſo gut als die dem gehörig eingeſetzten Erben gemachte Auflage contentus esto certa re, allein weil der Teſtator keinen Honorirten für das Uebrige bezeichnet hat, gilt ſie als nudum praeceptum, ſo gut wir dieß bei der am Schluſſe des fr. 69 pr. D. de leg. II gemachten Anordnung dann behaupten müßten, wenn der Teſtator die Erwähnung ſeines Bruders als Inteſtaterben unterlaſſen hätte. Wir ſind nicht berechtigt die Inteſtaterben zu ſubintelligiren. Dieß beſtätigt ſich denn auch durch die Faſſung der Quellen über unſere institutio ex re certa, wäre nämlich die von uns bisher als möglich gedachte Behandlung im Römiſchen Rechte wirklich anerkannt, dann hätten die Quellen geradezu ſo diſtinguiren müſſen: iſt gewiß, daß der Teſtator den Eingeſetzten auf die res certa beſchränken wollte, dann fällt das Uebrige als Fideikommiß an die Inteſtaterben, im anderen Falle wird der auf das Ganze gerufene Erbe auch Alles bekommen; allein nirgends finden wir eine ſolche Diſtinktion, die Stellen entſcheiden ſich vielmehr ſo allgemein für das Letztere, wie wir es in §. 4 und 5 kennen gelernt haben. — Daß wir nun dieſes Reſultat in den Quellen finden, könnte uns aus zwei Rückſichten befremden; die erſte iſt die: wenn ein Soldat teſtirt, ſo entſcheidet bekanntlich ſein sola voluntas [13]), hat er nun blos über einen Theil ſeines Vermögens teſtirt, ſo bekommen ſeine Inteſtat-

---

[12]) Fr. 11 §. 2 D. de leg. III.

[13]) §. 5 J. de her. inst. (2, 14), fr. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1.)

erben das Uebrige; hier beim Soldaten ſcheint alſo doch das Römiſche Recht anzunehmen, daß rückſichtlich des Uebrigen ſeine voluntas wirklich auf die Inteſtaterben gehe, warum nahm man nicht gleiche Interpretation der voluntas auch bei dem paganus an, der ſeinen Erben auf beſtimmte Sachen beſchränkt? ich meine die Frage natürlich nicht in dem Sinne, warum man bei dem paganus nicht ebenfalls die Inteſtaterben als Erben in das Uebrige kommen ließ, ſondern in dem Sinne, warum man bei dem Soldaten, der doch nach ſeiner sola voluntas beerbt wird, annahm, daß er für das Uebrige gerade die Inteſtaterben gewollt habe, und nicht auch bei dem paganus? Dieſes Bedenken beſeitigt ſich jedoch einfach durch Folgendes: daß die Inteſtaterben zu dem Uebrigen gerufen ſind, hat überhaupt nicht ſeinen Grund in einer Rückſicht auf die vom Soldaten ihnen zugewendete voluntas, ſondern darin, daß die Teſtamentserben bei dem Soldaten nur ſoweit gerufen ſind, als derſelbe wirklich teſtirt hat, m. a. W. darin, quia miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest [14]). Soweit der Soldat ſeinen teſtamentariſchen Willen ausgedrückt hat, ſoweit durfte er ihn sine observatione legum ausdrücken, und ſoweit wird ſeine sola voluntas reſpektirt, dieſe bezieht ſich aber auch nur auf ſeinen wirklich ausgedrückten Willen, ſoweit er ihn nicht ausgedrückt hat, hat er eben gar keine (nicht einmal eine ſtillſchweigende) voluntas ausgeſprochen, die Inteſtaterben bekommen daher das Uebrige nicht ex voluntate militis, ſondern weil er ſoweit keine voluntas hinterlaſſen hat. Ein erheblicheres Bedenken iſt aber dieß: der Satz, daß ſelbſt ein ſtillſchweigendes Fideikommiß nur dann gilt, wenn eine Willenserklärung des Erblaſſers den, zu deſſen Gunſten die Anordnung ſein ſoll, kenntlich bezeichnet hat, rechtfertigt ſich zwar allerdings im Allgemeinen und für die gewöhnlichen Fälle ganz gut, wenn nämlich der ernannte Erbe in gehöriger Art, alſo auf

[14]) Fr. 6 D. de test. mil. (29, 1.)

das universum jus defuncti eingeſetzt iſt; gerade weil er hier ſchon ex voluntate testatoris gerufen iſt zum Ganzen, bleibt kein Grund übrig, warum der Teſtator überhaupt noch an ſeine Inteſtaterben, die er ja gerade dadurch ausgeſchloſſen hat, gedacht haben ſoll; legt er nun einem ſolchen Erben eine Beſchränkung auf, ohne daß erhellt, zu weſſen Beſten (z. B. heres esto Lucius Titius, contentus vero esto decem aureis), ſo iſt es einleuchtend, daß dann nicht angenommen werden kann, er habe dieß im Intereſſe der Inteſtaterben gethan, dieſe haben nicht mehr Vermuthung für ſich als jeder Fremde. Ganz anders dagegen verhält es ſich mit der vermuthlichen voluntas testatoris in dem Falle, wenn er eine institutio ex re certa angeordnet hat, und zwar dieß zugleich in der Abſicht, den heres auf die res certa zu beſchränken. Der Wille des Erblaſſers ruft hier den heres durchaus nicht auf das Ganze, der Erblaſſer wollte vielmehr in der That zum Theile teſtiren, zum Theile nicht teſtiren, und ſoweit er nicht teſtirt hat, wollte er alſo auch unzweifelhaft, daß das übrige Vermögen den Inteſtaterben verbleibe. Nun muß die juriſtiſche Conſtruktion allerdings auch dieſen heres zum Ganzen rufen, allein warum hielt man nicht nebenbei (eben weil das Berufen zum Ganzen nur juriſtiſche Conſtruktion iſt) jenen unzweifelhaften Willen rückſichtlich des übrigen Vermögens in der Art aufrecht, wie es am Schluſſe des fr. 69 pr. D. de leg. II geſchieht, und wie es ohne Anſtand geſchehen wird, wenn der Teſtator ausdrücklich beigefügt hätte: das Uebrige ſollen meine Inteſtaterben haben? Meiner Anſicht nach würde es keinen Anſtoß erregen, wenn wir in der That von den Quellen eine ſolche Behandlung ausgeſprochen fänden, allein dieß geſchah nun einmal nicht; vielleicht liegt der Grund darin, daß man verlangte, daß das, was als Fideikommiß conſtruirt werden ſoll, auch die nöthigen Erforderniſſe dazu habe, zu dieſen aber gehört Bezeichnung des Honorirten durch irgend eine wirkliche Willenserklärung.

In ſo allgemeinem Umfange, wie wir es bisher als möglich

unterſucht haben, hat man denn auch in der That niemals die Behauptung aufſtellen wollen, daß das übrige Vermögen als ein ſtillſchweigendes Fideikommiß zu Gunſten der Inteſtaterben anzuſehen ſei, wohl aber für gewiſſe Fälle der institutio ex re certa; dieß zu widerlegen wird uns nunmehr gerade darum ſehr leicht ſein, weil wir die Frage bisher ganz allgemein für jede ſolche Einſetzung unterſucht haben, bei welcher es gewiß iſt, daß der Teſtator den Erben auf die ausdrücklich genannten Sachen beſchränken wollte.

1) Zunächſt hat, wie ſchon in §. 4 bemerkt wurde (S. 40), Detlev Langebeck, dem auch Andere folgten, auf ſeine Interpretation des fr. 74 D. de her. inst. (28, 5) hin die Anſicht aufgeſtellt, daß da, wo eine Erbeseinſetzung mit Ausſchluß beſtimmter Sachen angeordnet ſei, überhaupt keine institutio ex re certa vorliege, ſondern Einſetzung in gehöriger Art (auf das Ganze) nur mit dem Zuſatze, daß gewiſſe Sachen ausgenommen ſein ſollten, welcher Zuſatz dann als ein Fideikommiß dieſer Sachen zum Beſten der Inteſtaterben aufzufaſſen ſei, was ſich einfach rechtfertige theils daraus, daß bei Fideikommiſſen magis voluntas quam scriptura entſcheide, theils dadurch, daß in fr. 86 pr. D. de leg. II (ſ. oben S. 66, Note 9), ein ähnlicher Fall wirklich ſo entſchieden werde. Daß nun, ſelbſt die Richtigkeit dieſer Behandlung vorausgeſetzt, die Einſetzung doch auch hier immer eine wahre institutio ex re certa bleiben wird, daß ferner dieſe Behandlung keineswegs in fr. 74 cit. ſelbſt gefunden, daß ſie namentlich nicht auf die Auktorität des Aquilius Gallus zurückgeführt werden kann, wurde ſchon oben hinlänglich dargethan; daß aber die für Fälle dieſer Art behauptete Behandlung überhaupt unſtatthaft iſt, rechtfertigt ſich aus unſerer bisherigen Erörterung von ſelbſt: wir ſahen, die Zulaſſung auch der freieſten Ausdrucksweiſe bei Fideikommiſſen iſt doch immer noch unabhängig von dem weiteren Erforderniſſe, daß die Perſon des Honorirten aus einer Willenserklärung des Teſtators erſichtlich ſein

muß, was in den von Langebeck vorausgeſetzten Anordnungen nicht der Fall iſt, wir ſahen ferner, daß gerade darum die Analogie des fr. 86 pr. D. cit. nicht paßt, indem in dieſer Stelle die Honorirten aus der Verfügung deutlich erhellen, es ſind die übrigen vom Teſtator in dieſem Teſtamente eingeſetzten Erben. Außerdem aber iſt bei Würdigung der Anſicht Langebeck's noch recht feſtzuhalten an dem oben (S. 37 ff.) begründeten Satze, daß das Römiſche Recht, wie dieß namentlich aus fr. 74 cit. hervorgeht, den Fall der Ausſchließung von beſtimmten Sachen gerade ſo behandelt wie den der Einſetzung auf beſtimmte Sachen, was von dem Einen gilt, gilt auch von dem Andern; hätte alſo Langebeck Recht, ſo müßte die von ihm behauptete Behandlung gerade ſogut für den letzteren Fall gelten, ſofern nur dabei gewiß iſt, daß der Teſtator den Eingeſetzten auf die genannten Sachen beſchränken wollte.

2) In den Fällen, in welchen der Teſtator der Einſetzung auf beſtimmte Sachen das ausdrückliche Verbot beifügt, der Erbe ſolle ſchlechterdings nicht mehr als das ihm Zugewieſene bekommen, dabei aber nicht über das Uebrige verfügt, wollen manche derjenigen Juriſten, welche hierin (und, wie wir oben ſahen, mit Recht) nicht totale Ungültigkeit der Einſetzung finden, daneben doch in dem Verbote ein Fideikommiß zu Gunſten der Inteſtaterben für das Uebrige ſehen; ſie berufen ſich dabei namentlich auf die Analogie des fr. 69 pr. D. de leg. II (ſ. oben S. 66, Note 8) [15]). Allein zunächſt iſt dieſe Analogie unzuläſſig, da in dieſer Stelle derjenige, zu deſſen Gunſten der Theilerbe contentus ſein ſoll mit beſtimmten Sachen, aus der Verfügung deutlich erhellt; dann aber legt dieſe Anſicht wieder ein ungebührliches Gewicht auf das Verbot des Mehrbekommens; hält man daran feſt, daß dieſes Verbot nur eine faktiſche Verſchieden-

[15]) S. Hubber, prael. jur. civ. lib. 28, tit. 5, Nr. 7 und die dort Angeführten.

heit in der Ausdrucksweise begründet, d. h. daß es nichts als ein gesteigerter Ausdruck für Beschränkung auf bestimmte Sachen enthält (s. oben S. 43), so kann man, selbst wenn die Ansicht dieser Juristen überhaupt juristisch construirbar wäre, dem Verbote diese besondere Kraft nicht geben, man müßte vielmehr dasselbe Resultat geradezu für alle Fälle gelten lassen, in denen gewiß ist, daß der Erblasser den Eingesetzten auf die ihm zugewiesenen Sachen beschränken wollte. In der That aber stellt sich nach unserer obigen Erörterung ein solches Verbot selbst aus dem Standpunkte der stillschweigenden Fideikommisse nur als ein nudum praeceptum heraus, von dem man geradeso wie von einem Veräußerungsverbote, bei dem nicht ersichtlich ist, zu wessen Gunsten es gelten soll, mit fr. 114 §. 14 D. de leg. I sagen muß: „talem legem testamento non possunt (testatores) dicere".

Das Bisherige hat uns das Resultat gegeben, daß die in einer institutio ex re certa wirklich ersichtliche Beschränkung des Eingesetzten auf die res certae an sich dennoch selbst mit Hülfe der Theorie stillschweigender Fideikommisse nicht als ein Vermächtniß des übrigen Vermögens zu Gunsten der Intestaterben des Erblassers aufgefaßt werden darf, daß vielmehr der heres ex re certa institutus auch hier, wenn gleich contra voluntatem testatoris, mit Rechtsnothwendigkeit das Ganze bekommt; andererseits gibt uns aber ebenfalls schon die bisherige Erörterung das weitere wichtige Resultat, daß seit erstarkter Fideikommißtheorie, und insbesondere auf den Grund der sogenannten stillschweigenden Fideikommisse, in der That folgende für die Behandlung einer institutio ex re certa höchst einflußreiche Veränderung eingetreten ist: da, wo bei Anordnung einer institutio ex re certa zugleich wirklich noch eine sonstige Willenserklärung des Testators vorliegt, aus welcher, obwohl ohne ausdrückliche Anordnung eines Vermächtnisses, doch deutlich erhellt, zu wessen Gunsten die Beschränkung des Erben auf die ihm zugewiesenen Sachen stattfinden soll, sind die res certae nunmehr als verba fideicommissaria aufzu-

faſſen mit der Wirkung, daß das übrige Vermögen (wenn ich vorerſt dieſen allgemeinen Ausdruck gebrauchen darf) an Denjenigen, zu deſſen Gunſten der Teſtator den Erben beſchränkt hat, als Vermächtniß fällt; dann iſt es aber auch natürlich nicht nothwendig, daß der Honorirte gerade ein Inteſtaterbe iſt, es entſcheidet eben der kundgegebene Wille des Erblaſſers, an wen das Uebrige fideikommiſſariſch fallen ſoll. Die Fälle dieſer Art ſind nun noch genauer in das Auge zu faſſen.

I. Zunächſt geben uns die Quellen ſelbſt einen ſolchen Fall; er iſt enthalten und in der angegebenen Weiſe entſchieden in einem Reſcripte von Severus und Antoninus, das der Juriſt Marcianus im vierten Buche ſeiner Inſtitutionen referirt; von da iſt die Stelle Marcian's zweimal in Juſtinian's Compilation aufgenommen, in die Digeſten als fr. 29 des Titels ad Sctum Trebellianum, in die Inſtitutionen als §. 3 des Titels quibus modis testamenta infirmantur, aber an letzterem Ort in etwas veränderter Faſſung, weßhalb es paſſend erſcheint, beide Stellen hier einzurücken.

§. 3. Inst. quibus mod. test. infirm. (2, 17) : Sed et si quis priore testamento jure perfecto posterius aeque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse, Divi Severus et Antoninus rescripserunt; cujus Constitutionis verba inseri jussimus, quum aliud quoque praeterea in ea Constitutione expressum est : Imperatores Severus

fr. 29 Dig. ad Sct. Treb. (36, 1), Marcianus lib. 4 Inst. : Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cujus Constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in hac Constitutione expressa sunt : Imperatores Se-

et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet.

verus et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet. Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.

Abgeſehen davon, daß die Schlußworte des fr. 29 in der Inſtitutionenſtelle fehlen, ſind im Uebrigen die abweichenden Ausdrücke in beiden Stellen nicht ſo bedeutend, daß ſie verſchiedenen Sinn geben.

Beide Stellen ſagen nun zunächſt, daß durch Errichtung eines zweiten Teſtaments ſelbſt dann, wenn darin der Erbe nur auf res certae inſtituirt ſei (wenn es nur im Uebrigen an keinem Fehler leide), das frühere Teſtament rumpirt werde, und von dieſem Satze geht auch das Reſcript ſelbſt aus; es iſt dieß nichts als eine conſequente Anwendung der Grundſätze, welche wir bis-

her über die Aufrechterhaltung der institutio ex re certa kennen gelernt haben, namentlich wird auch von den beiden Kaisern die Aufrechterhaltung dieser an sich ungehörigen Anordnung auf ganz gleiche Weise wie in fr. 1 §. 4 und fr. 74 D. de her. inst. (s. §. 4) begründet, nämlich: „perinde ac si rerum mentio facta non esset.“ In Folge davon ist denn auch dieser im zweiten Testamente eingesetzte Erbe gerufen auf das Ganze; allein das Rescript sagt weiter, er habe sich hier mit den ihm zugewiesenen Sachen zu begnügen, dagegen die hereditas an die in dem früheren Testamente Eingesetzten zu restituiren, und zwar dieß propter inserta verba fideicommissaria, durch welche ausgedrückt sei, das frühere Testament solle noch fortbestehen. Soweit ist Alles gewiß; allein es fragt sich, worin bestehen hier diese verba fideicommissaria?

Von jeher ist die einstimmige Ansicht die: in dem von den Kaisern entschiedenen Falle habe der Testator im zweiten Testamente bei Anordnung der institutio ex re certa noch besonders und ausdrücklich erklärt, das frühere Testament solle daneben fortbestehen, diese ausdrückliche Erklärung also enthalte die verba fideicommissaria, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est; hiernach wäre die Entscheidung der Kaiser nur eine Anwendung des in fr. 12 §. 1 D. de inj. rupt. test. (28, 3) [16]) ausgesprochenen Satzes, daß wenn bei Errichtung eines späteren Testaments der Testator ausdrücklich anordnet, sein früheres Testament solle bei Kraft bleiben, dieses zwar als Testament dennoch rumpirt, aber als Co-

---

[16]) Ulpian lib. 4 disput.: Si paganus, qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est; quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates, et heredis institutio.

dicill aufrecht erhalten wird, und ſein Inhalt als fideikommiſſariſche Dispoſition gilt. In der That unterſtellt Theophilus ſelbſt eine ſolche vom Teſtator ausdrücklich gegebene Erklärung, in ſeiner Paraphraſe der obigen Inſtitutionenſtelle bezeichnet er (nach der Reitz'ſchen Ueberſetzung) den der kaiſerlichen Entſcheidung unterliegenden Fall ſo: quidam testamento condito, multisque scriptis heredibus, in secundo testamento alium ex certis rebus heredem instituit, addens se nihilominus velle, ut prius testamentum valeret"; ſodann nach Relation der kaiſerlichen Entſcheidung gibt er deren Motive alſo an: „hujus autem rei ratio est, quod in secundo testamento haec verba scripta fuere, quibus dicebat prius testamentum ratum esse." Ganz in demſelben Sinne wird denn auch von den Baſiliken (lib. 35 tit. 11 l. 29) unſer fr. 29 D. ad Sct. Treb. folgendermaßen (in der Heimbach'ſchen Ausgabe) wiedergegeben: „testamentum secundum, licet ex certis rebus heredis institutionem habeat, valet et prius rescindit. Si vero testator in secundo jusserit, prius valere (εἰ δὲ εἶπεν ὁ διαθέμενος ἐν τῇ β'. τὴν πρώτην ἐρρῶσθαι) heredes in secundo scripti heredibus in priore scriptis hereditatem restituere tenentur: retinentes res, ex quibus heredes scripti sunt, et si quid deest ad Falcidiam. Haec si nihil specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum." Und ſo verſteht von der Gloſſe [17]) an bis auf die neueſte Zeit die einſtimmige Meinung aller Juriſten [18]) die kai-

---

[17]) S. glossa Accursii ad §. 3 J. quib. mod. test. infirm. (2, 17) verb.: aliud quoque praeterea und verb.: expressum est; glossa ad fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36, 1), verb.: inserta; ebenſo heißt es in dem von Vivianus dieſer Stelle beigefügten casus: — — „dixerat in secundo testamento quod volebat valere primum" sc. testamentum.

[18]) S. ſtatt Aller: A. Faber conject. lib. 5 cap. 19 fin.; errores pragm. dec. 15 error 7, dec. 71, error 3. — Greg. Majansius ad triginta Ictorum fragm. tom. II p. 106 sq. — Höpfner, Commentar §. 518, vierte Einſchränkung. — Mühlenbruch in Glück's Commentar Band XXXVIII, S. 472. — v. Vangerow Leitfaden Band II, S. 205. —

ſerliche Entſcheidung von einem Falle, in welchem der Teſtator in dem ſpäteren Teſtamente der Anordnung einer institutio ex re certa die ausdrückliche Erklärung beigefügt hatte, ſein früheres Teſtament ſolle gültig bleiben.

Allein mit dieſer bisherigen Auffaſſung vermag ich nicht übereinzuſtimmen, meiner Anſicht nach liegen in dem Fragefalle die verba fideicommissaria nicht in einer ausdrücklichen Erklärung ut valeat prius testamentum, ſondern ſchon in der angeordneten institutio ex re certa an ſich. Ich ſehe die Sache ſo an: der Teſtator hatte in dem zweiten Teſtamente nicht noch die beſondere Erklärung gegeben, ſein früheres Teſtament ſolle bei Kraft bleiben, ſondern er hatte weiter nichts als eine einfache institutio ex re certa angeordnet, und der Geſichtspunkt der kaiſerlichen Entſcheidung iſt folgender: errichtet Jemand, nachdem er bereits gültig teſtirt hat, ſpäter ein neues Teſtament, ſetzt aber darin nur einen (oder mehrere) Erben auf res certae ein, ſo iſt es, damit das frühere Teſtament als Codicill beſtehen bleibe, gar nicht nöthig, daß er daſſelbe in ſeinem zweiten Teſtamente ausdrücklich beſtätigt, eine ſolche Beſtätigung ſoll vielmehr, wenn der Teſtator nicht ausdrücklich im zweiten Teſtamente das Gegentheil oder überhaupt etwas damit Unvereinbares angeordnet hat, ſchon als in der Beſchränkung des Erben auf res certae ſtillſchweigend enthalten gefunden werden, eben weil in dieſer Beſchränkung im Zweifel eine fortwährende Rückſichtsnahme auf das frühere Teſtament, nämlich die voluntas testatoris zu erblicken iſt, der neuerdings eingeſetzte Erbe ſolle auch nur die res certae erhalten, das Uebrige dagegen ſolle nach wie vor den früheren Teſtamentserben zugewendet bleiben. Für dieſe, und zugleich gegen die bisherige Meinung ſprechen folgende Gründe:

---

v. Löhr in Linde's Zeitſchr. Bd. XIX, S. 73, Note 1. — v. Buchholtz die Lehre an den Prälegaten, S. 266.

1) zunächſt ſchon die grammatiſche Auffaſſung der Worte des Reſcripts; nirgends iſt darin geſagt, der Teſtator habe in dem vorliegenden Falle ausdrücklich erklärt, ſein früheres Teſtament ſolle bei Kraft bleiben, beſonders darf ein ſolcher Sinn nicht unterlegt werden den Worten: „propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum, expressum est“; vielmehr hätten, wäre dem Teſtamente jene ausdrückliche Erklärung wirklich beigefügt geweſen, die Kaiſer ſich gerade umgekehrt ſo ausdrücken müſſen: „weil der Teſtator beigefügt hat, ſein früheres Teſtament ſolle fortgelten, in welcher Erklärung verba fideicommissaria mit der Wirkung, daß das frühere Teſtament des Codicill beſtehen bleibt, zu erkennen ſind, ſo ſoll u. ſ. w.“ Dagegen meine Anſicht vorausgeſetzt, haben ſich die Kaiſer ganz richtig ausgedrückt, und jene Worte ſind hiernach einfach ſo wiederzugeben: „weil die Beſchränkung des Eingeſetzten auf res certae (in dem vorliegenden Falle) als verba fideicommissaria enthaltend aufzufaſſen iſt, durch welche der Teſtator (ſtillſchweigends) ausgedrückt hat, ſein früheres Teſtament ſolle (im Uebrigen) fortbeſtehen.“ Das Wort: inserta fideicommissaria verba will ausdrücken, daß der Teſtator der Erbeseinſetzung res certae inſerirt hat, nicht aber, daß er dem Teſtamente außer der institutio ex re certa noch etwas Anderes, noch eine ausdrückliche Erklärung, ut valeret prius testamentum, inſerirt hat.

2) Marcian ſagt ausdrücklich, er wolle das Reſcript hier darum anführen: „quum alia quoque praeterea in hac Constitutione expressa sunt,“ weil man alſo, wie auch die Gloſſe zu der Inſtitutionenſtelle hervorhebt, ſonſt noch etwas Neues aus dieſer Entſcheidung lernen könne. Nun aber iſt, wenn man der bisherigen Anſicht folgt, in der Entſcheidung der Kaiſer gar nichts Neues, nichts Beſonderes enthalten, denn der Satz, daß die ausdrückliche Erklärung des Teſtators, ut priores tabulae valerent, als Fideikommiß mit der angegebenen Wirkung gelte, war gewiß ſchon zur Zeit der beiden Kaiſer anerkannt,

und wohl durch prudentum interpretatio eingeführt, wenigſtens gibt uns Ulpian denſelben in fr. 12 §. 1 D. de inj. (28, 3) ganz allgemein an, ohne ihn auf eine kaiſerliche Entſcheidung zu gründen [wie doch ſonſt, z. B. bei der Wirkung eines teſtamentariſchen Veräußerungsverbotes geſchieht [19]], ſodaß Marcian nicht wohl Veranlaſſung haben konnte, die Anwendung dieſes, wenigſtens zu ſeiner Zeit allgemein anerkannten Satzes in einem Specialfalle durch ein kaiſerliches Reſcript beſonders hervorzuheben und aufzubewahren. Folgt man dagegen unſerer Auffaſſung, ſo liegt in dem Reſcripte allerdings noch etwas Neues, nämlich der Satz, daß bei Errichtung eines zweiten Teſtamentes unter Umſtänden auch eine ſtillſchweigende Erklärung, ut valeret prius testamentum, gefunden und rechtlich wie eine ausdrückliche beachtet werden darf.

3) Damit hängt ein fernerer Rechtfertigungsgrund unſerer Anſicht zuſammen; es iſt nämlich einleuchtend, daß der den Kaiſern vorgelegte Fall, ſo wie wir ihn auffaſſen (Anordnung einer institutio ex re certa ohne ausdrückliche Bezugnahme auf das frühere Teſtament) in der That ganz geeignet war, im Sinne der voluntas testatoris jene Entſcheidung zu veranlaſſen. Denn hatte der Teſtator in dem früheren Teſtamente unbeſchränkt (was wir doch als das natürliche annehmen müſſen) über ſein Vermögen verfügt, neuerdings aber nur über res certae, ſo liegt eine ſtarke Vermuthung vor (in dem ſpeciellen Falle, den die Kaiſer vor ſich hatten, war es jedenfalls ſogar Gewißheit), daß er die neue Verfügung nicht auf ſein geſammtes Vermögen beziehen, ſondern den Eingeſetzten wirklich auf die res certae beſchränken wollte; und muß man hiernach annehmen, daß er rückſichtlich des Objekts der neuen Verfügung ſich ſehr wohl ſeiner früheren erinnerte, ſo darf man ferner annehmen, daß er auch der früher eingeſetzten Perſonen noch gedachte, d. h. er wollte dann gewiß,

---

[19]) Fr. 114 §. 14 D. de leg. I.

daß, ſoweit er dem Objekte nach nichts Neues angeordnet hat, die früher Eingeſetzten fortwährend mit dem Uebrigen bedacht bleiben ſollten. Man war alſo in der That berechtigt, hier verba fideicommissaria zu Gunſten der früher Eingeſetzten in der Beſchränkung auf die res certae zu finden, eben weil Gewißheit darüber, daß es wirkliche Beſchränkung, und wer der Honorirte für das Uebrige ſein ſolle, vorlag; auch darf man nicht ſagen, daß das Römiſche Recht inconſequent ſei, wenn es ſomit dieſe Behandlung wohl hier in unſerem Falle zuläßt, aber nicht auch eine ähnliche zu Gunſten der Inteſtaterben in dem oben (S. 64 ff.) erörterten Falle, wenn nämlich der Teſtator überhaupt, d. h. ohne vorangegangene frühere Verfügung, eine institutio ex re certa mit der erweislichen Abſicht, den Eingeſetzten auf die res certae zu beſchränken, vorgenommen hat, da doch hier die Inteſtaterben eben ſo ſtark die voluntas testatoris rückſichtlich des Uebrigen für ſich zu haben ſcheinen. Allein der Unterſchied iſt der, daß im letzteren Falle die Inteſtaterben gar keine Willenserklärung des Teſtators für ſich haben, wohl aber in dem erſteren Falle die im erſten Teſtamente inſtituirten Erben; dieſe früher zu ihren Gunſten gegebene Willenserklärung kann man im Fragefall nicht als vollſtändig aufgehoben anſehen, und es iſt ja überhaupt einerlei, ob der Honorirte unmittelbar bei der zu ſeinem Gunſten auferlegten Beſchränkung angegeben iſt, oder ob er aus einer anderen, ihn betreffenden, Dispoſition erhellt, wenn er nur überhaupt eine Willenserklärung des Erblaſſers für ſich hat; ja unſere fragliche kaiſerliche Entſcheidung iſt einer der Belege dafür, daß das ſpätere Römiſche Recht nicht mehr ſo oft eine frühere letztwillige Verfügung wegen einer ſpäteren als ungültig und aufgehoben anſieht, ſondern, ſoweit es rechtlich thunlich und der voluntas defuncti entſprechend iſt, ſämmtliche letztwillige Anordnungen neben einander beſtehen läßt, wovon noch unten mit einigen Worten geredet werden ſoll.

4) Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unſerer Anſicht

liegt in Folgendem: die Kaiſer entſcheiden den ihnen vorgelegten Fall für den heres ex re certa institutus dahin: „ut contentus rebus sibi datis — — hereditatem restituat his“ etc. Nun aber ſahen wir oben S. 66 Note 8), daß, ſchon natürlich betrachtet, eine Erbeseinſetzung auf res certa (ſofern der erweisliche Wille der Beſchränkung auf die res damit verbunden iſt) und eine Erbeseinſetzung, die zwar gehörig (sine rei mentione) aber mit dem Zuſatze geſchah: contentus esto illa vel illa re in der That von gleichem Gehalte iſt, d. h. einen und denſelben Willen, nur in verſchiedener Redeweiſe, ausdrückt, ja wir werden weiter unten, und beſonders in dem dritten Abſchnitte (wo es von entſcheidender Wichtigkeit wird) beweiſen können, daß das Römiſche Recht in der That beide Verfügungen auch juriſtiſch auf Eine Linie ſtellt, d. h. in beiden Fällen ein fideicommissum hereditatis für diejenigen, zu deren Gunſten der Erbe in angegebener Art beſchränkt iſt, als ſtillſchweigend ausgeſprochen annimmt [20]). Dieſen Beweis des rechtlichen Gleichſtehens beider Anordnungen hier vorausgeſetzt, war nun zur juriſtiſchen Motivirung der Entſcheidung, daß der heres ex re certa institutus contentus rebus sibi datis restituat hereditatem his etc. in dem Fragefall gar nicht nöthig, daß das zweite Teſtament noch nebenbei die ausdrückliche Erklärung, ut valeret prius testamentum, enthielt, es genügte dazu ſchon die institutio ex re certa an ſich [21]); es rechtfertigt ſich dadurch wiederholt, daß der bloße Umſtand, daß

---

[20]) Daß dieſe Behandlung für die Erbeseinſetzung mit dem Zuſatze: contentus esto illa re gilt, iſt ſchon aus dem S. 66, Note 8 citirten fr. 69 pr. D. de leg. II erſichtlich, womit wir uns einſtweilen begnügen.

[21]) Ich gebe zu, daß dieſer Umſtand allein kein Beweis dafür iſt, daß in dem von unſerem Reſcripte entſchiedenen Falle wirklich keine ausdrückliche Erklärung über die Gültigkeit des früheren Teſtamentes vorgelegen hat (denn auch bei ſolcher ausdrücklichen Erklärung muß natürlich dieſelbe Entſcheidung gelten), jedenfalls wird aber dadurch das bewieſen, daß die bisherige Anſicht, dieſe Behandlung trete nur beim Vorhandenſein ſolcher ausdrücklichen Erklärung ein, nicht richtig iſt.

der Einſetzung res certae inſerirt ſind, in einem Falle der vorliegenden Art verba fideicommissaria mit der genannten Wirkung enthält.

5) Ganz entſchieden ſpricht aber für unſre Anſicht der Schlußſatz in der jenes Reſcript enthaltenden Pandektenſtelle: „et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum“, ja dieſe Worte erhalten nur allein durch unſere Anſicht eine befriedigende Erklärung. Bekanntlich konnte man über den Sinn dieſes Schlußſatzes bisher nie recht einig werden, er blieb immer ein Anſtoß, dieß aber eben nur darum, weil man von der Meinung präoccupirt war, das Reſcript unterſtelle einen Fall, in welchem der Teſtator ausdrücklich ſein früheres Teſtament beſtätigt habe. Wäre dieſe Vorausſetzung richtig, dann gäben jene Worte, wenn ſie nicht künſtlich anders gedeutet werden ſollen, in der That keinen beſſeren Sinn als den: das von dem Teſtator ausdrücklich Erklärte gilt nur dann, wenn er nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt hat! Dieß fühlt denn auch A. Faber[22]), indem er ſagt: hat der Erblaſſer einmal wirklich beigefügt, das frühere Teſtament ſolle gelten, ſo iſt es unmöglich, daß er zugleich aliquid specialiter contrarium geſchrieben hat, wenn man nicht die Lächerlichkeit unterſtellt, der Erblaſſer ſei ein Thor, dem man beſſer die testamenti factio abſpreche, als ihm geſtatte, repugnantes et ineptas voluntates anzuordnen. Darum, und weil jene Worte in der Inſtitutionenſtelle fehlen, erklärt Faber dieſelben für einen Tribonianismus, allein er hätte nur von jenem Vorderſatze ſich nicht präoccupiren laſſen ſollen, dann hätte der von ihm an ſich ganz richtig aufgefaßte Schlußſatz vernünftigen Sinn erhalten. — Um dieſem Widerſpruche zu entgehen, hat man daher auch an andere Gegenſätze gedacht; ſo ſagt ſchon die Gloſſe zu unſerer Stelle verb. specialiter: „id est, nisi a generali confirmatione ex-

[22]) Conject. lib. 5 cap. 19.

cepit aliquam rem contentam vel relictam in primo testamento: vel si quid relictum in primo ademit, et postea generaliter confirmavit primum"; ſie verſteht alſo den Zuſatz von dem Falle, wenn der Teſtator eine oder die andere Sache von der Reſtitutionsverbindlichkeit ausdrücklich ausgenommen hat. In ähnlicher Weiſe erklärt Mühlenbruch[23]) dieſe Worte; er ſagt, man könne wohl (auf den erſten Augenblick) verſucht ſein, dieſelben nicht im Gegenſatze der res certae, ſondern im Gegenſatze der Erlaubniß, die quarta Falcidia abzuziehen, deuten, allein dieß gehe wieder darum nicht, weil erſt Juſtinian in nov. 1 c. 2 §. 2 das Verbot des Quartabzuges geſtattet habe; man müſſe daher den Zuſatz, von wem er auch herrühre, unbedenklich ſo verſtehen, daß in Anſehung des den früheren Erben zu reſtituirenden Objekts jedenfalls die beſondere Beſtimmung des Teſtators berückſichtigt werden müſſe, wobei ſich denn von ſelbſt verſtehe, daß Alles, was der zweite Erbe hiernach nicht zu reſtituiren habe, ihm verbleibe, ungeachtet er nur auf die res certae eingeſetzt ſei. Dieſe Erklärung wird ganz neuerdings auch von Fein[24]) als die richtige bezeichnet. — Allein unbefangen betrachtet iſt keine dieſer Erklärungen befriedigend; nicht was und wieviel der zweite Erbe an den früheren Erben reſtituiren ſoll, ſondern ob er ihm überhaupt reſtituiren, ob überhaupt das erſte Teſtament noch als Codicill fortbeſtehen ſolle, das ſoll voluntatis quaestio ſein; ein Zweifel ſoll in Fällen der vorliegenden Art die Beſchränkung des zweiten Erben auf res certae den in dem Reſcript angenommenen Sinn haben, aber eben weil dieß nur eine Interpretationsregel für die voluntas testatoris iſt, ſoll es da nicht gelten, wo der Teſtator in dem zweiten Teſtament ausdrücklich etwas dieſer Annahme widerſprechendes beſtimmt hat.

---

[23]) In Glück's Commentar, Band XXXVIII, S. 474.

[24]) In ſeiner Fortſetzung von Glück's Commentar, Band XLIV, Abtheil. 1 S. 177, Note 58.

— Daß dieſe Schlußworte nicht Beſtandtheil des Reſcripts ſind, leuchtet von ſelbſt ein, in dem den Kaiſern vorliegenden ſpeciellen Falle mußten die Umſtände von der Art ſein, daß über die voluntas testatoris kein ſolcher Zweifel vorlag, auch konnte ſich dieſes Reſcript nicht veranlaßt finden, eine allgemeine Regel aufzuſtellen; die Worte rühren vielmehr von Marcian her, dieſer abſtrahirte aus den der kaiſerlichen Entſcheidung zu Grunde liegenden Geſichtspunkten die Rechtsregel, und zwar ſehr richtig dahin, daß das Ganze nur als eine Interpretationsregel gelte. Daß ferner jener Schlußſatz in der Inſtitutionenſtelle fehlt, kann nicht in Betracht kommen, wie denn überhaupt unſere Anſicht, ſofern ſie nur an ſich begründet iſt, natürlich nicht darunter leiden kann, daß ſelbſt Theophilus und die Baſiliken ſich im Sinne der bisher herrſchenden Meinung ausgeſprochen haben, zumal da dieſelbe auf einer in der That verführeriſchen Präoccupation in der Auffaſſung des Fragefalles beruht; es mochte Theophilus, der Mitarbeiter an den Inſtitutionen, aus dem Standpunkte ſeiner eigenen vorgefaßten Meinung jenen beim Abſchreiben aus Marcian's Inſtitutionen vorgefundenen Schlußſatz bedenklich gefunden und denſelben gerade darum weggelaſſen haben, der Inſtitutionenſtelle ſelbſt aber konnte er dadurch keine ſo veränderte Faſſung geben, daß unſere Anſicht nicht auch auf ſie, ſelbſt ohne jenen Schlußſatz, vollkommen paßt. So iſt es auch für die Bedenklichkeit des Theophilus ganz charakteriſtiſch, daß die in der Pandektenſtelle (die offenbar die verläſſigere iſt), enthaltenen Worte: propter inserta verba fideicommissaria, quibus etc. in den Inſtitutionen dahin vereinfacht ſind: propter inserta verba quibus etc., gewiſſermaßen um durch Weglaſſung des Wortes fideicommissaria den vermeintlichen Sinn: „wegen der von dem Teſtator beigefügten Worte, das frühere Teſtament ſolle fortbeſtehen" noch ungetrübter und anſchaulicher hervorzuheben, während ungeachtet dieſer Weglaſſung unſere Anſicht um nichts weniger auf die in den Inſtitutionen enthaltenen Worte paßt.

Soweit die Begründung meiner Ansicht über jenes Reskript und den ihm unterlegenen Fall; sie wird noch dadurch unterstützt, daß die Entscheidung, den Fall so vorausgesetzt, wie wir es thaten, keineswegs isolirt dasteht in der Weise, wie Severus und Antoninus letztwillige Verfügungen ähnlicher Art auf den Grund der wahrscheinlichen voluntas testatoris behandelt haben; gerade diesen Kaisern wird es zugeschrieben, daß unter gewissen Umständen eine frühere letztwillige Verfügung im Zweifel dem muthmaßlichen Willen des Erblassers gemäß auch neben einer nachher von ihm getroffenen Anordnung fortbestehen solle [25]); so entschieden diese Kaiser, daß Vermächtnisse, die ausdrücklich nur dem institutus auferlegt sind, auch für den substitutus als stillschweigend wiederholt gelten sollen [26]), dieß jedoch, wie Ulpian ganz im Sinne jener Schlußbemerkung Marcian's hervorhebt, nur in obscura voluntate, d. h. eben, es solle dieß nur eine Interpretationsregel sein; so ferner entschieden die Kaiser den Fall, wenn ein Testator einem von ihm eingesetzten Theilerben ein fideicommissum tacitum [27]) auferlegt, später aber ein neues Testament errichtet, und zwar darin abermals jene Person, aber ohne nochmalige Wiederholung des fideicommissum tacitum eingesetzt hatte, dahin: auch bei dieser zweiten Einsetzung gelte das Fidei-

---

[25]) So wird auch gerade diesen Kaisern die Behandlung gewisser dem Erben auferlegten Beschränkungen als stillschweigende Fideikommisse für diejenigen zugeschrieben, zu deren Gunsten die Beschränkung angeordnet ist: fr. 114 §. 14 D. de leg. I (das dem Erben auferlegte Veräußerungsverbot von Erbschaftssachen); fr. 92 D. de condit. (35, 1) (Auflage an den mit seinen Kindern instituirten Vater, die Kinder zu emancipiren).

[26]) Fr. 74 D. de leg. I. S. Fein in Glück's Commentar, Bd. XLIV, Abth. 1, S. 182.

[27]) Nicht zu verwechseln mit unseren sogenannten stillschweigenden Fideikommissen, es ist hier ein in fraudem legis zu Gunsten eines incapax angeordnetes Fideikommiß gemeint, welches die Römer bekanntlich fideicommissum tacitum nennen. Fr. 103 D. de leg. I, fr. 10. 11 D. de his, quae ut ind. (34, 9), fr. 3 §. 3 D. de jure fisci (49, 14). c. 1 C. de delat. (10, 11).

kommiß als ſtillſchweigend wiederholt, si non probaretur, mutatam voluntatem esse [28]). Ganz vorzüglich gehört aber hierher die Entſcheidung derſelben Kaiſer, daß die vor Errichtung eines Teſtaments errichteten Codicille auch nach Errichtung eines Teſtamentes im Zweifel fortgelten, ſofern nicht ein entgegengeſetzter Wille des Erblaſſers an den Tag gelegt iſt [29]).

Iſt unſere bisher entwickelte Anſicht gegründet, ſo enthält ſie zugleich eine Berichtigung der gemeinen Lehre von der Ruption eines Teſtamentes durch Errichtung eines ſpäteren Teſtamentes. Man behauptet nämlich allgemein, daß hier das frühere Teſtament nur dann als Codicill fortbeſtehe, wenn der Teſtator daſſelbe in dem zweiten Teſtamente ausdrücklich beſtätigt habe, und beruft ſich für dieſen einen Satz ganz gleichmäßig auf fr. 12 §. 1 D. de injust. (28, 2) und auf die beiden von uns beſprochenen Stellen §. 3 J. quib. mod. test. inf. (2, 17) und fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36, 1); unſere Erörterung dagegen gibt das Reſultat: das frühere Teſtament beſteht nicht nur dann als Codicill fort, wenn eine ausdrückliche Beſtätigung in dem ſpäteren Teſtamente vorliegt (worauf allein das fr. 12 §. 1 D. cit. geht), ſondern auch wenn es darin ſtillſchweigend beſtätigt iſt, was nach §. 3 J. cit. und nach fr. 29 D. cit. dann der Fall iſt, wenn der Erblaſſer in dem ſpäteren Teſtamente den (oder die) Eingeſetzten nur auf res certae inſtituirt, und nicht ausdrücklich etwas mit dem Fortbeſtehen des früheren Teſtamentes Unvereinbares beſtimmt hat. Ja, dieß einmal zugegeben, dürfen wir, ohne uns

---

[28]) Fr. 48 pr. D. de jure fisci (49, 14), ſ. Fein a. a. O. S. 183 ff.

[29]) §. 1 J. de codic. (2, 25). Daß dieſe Anſicht, nicht aber diejenige, nach welcher das Codicill nur dann gilt, wenn eine beſtätigende Erklärung des Erblaſſers poſitiv vorliegt, die richtige iſt, hat ganz neuerdings überzeugend dargethan Fein a. a. O., S. 168 ff. Das ſyſtematiſche Element ſeiner Beweisführung wird gerade durch das Reſultat unſerer Interpretation von fr. 29 D. ad Sct. Treb. noch mehr unterſtützt, wenn auch in beiden Fällen die ſtillſchweigende Erklärung ſehr verſchiedener Art iſt. S. die folgende Note.

eine Willkühr zu erlauben, noch weiter gehen; zunächst noch bei unserem Falle der institutio ex re certa stehen bleibend, dürfen wir sagen, die Schlußworte Marcian's in fr. 29 cit., obwohl sie die der Entscheidung des Rescripts zu Grunde liegende Rechtsregel ausdrücken wollen, sind dennoch zu enge gefaßt, es ist zur Zerstörung jener Präsumtion nicht nöthig, daß aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum, vielmehr genügt jeder Umstand, der deutlich zeigt, daß die früheren Testamentserben nichts mehr erhalten sollen, denn es kann ja z. B. sein, der Testator wollte den Erben gar nicht auf die res certae beschränken, sondern mit deren Erwähnung sein Vermögen überhaupt bezeichnen (s. oben S. 62). Während wir so die Wirkung einer im zweiten Testamente angeordneten institutio ex re certa im Verhältnisse zu dem ersten Testamente in engere Grenzen schließen, als es Marcian thut, sind wir andererseits berechtigt, über den Fall der institutio ex re certa hinauszugehen; wir müssen nämlich zugeben, daß durchaus kein Grund dafür vorliegt, die Zulässigkeit einer stillschweigenden Erklärung, ut valeret prius testamentum, auf den Fall zu beschränken, daß in dem zweiten Testamente der Erbe nur auf res certae eingesetzt ist, denn die Entscheidung der Kaiser ist ja nicht Folge einer besonderen Begünstigung der institutio ex re certa, sondern nur Folge davon, daß die hier vorliegende Beschränkung auf die Sache der gerechten Vermuthung gerechten Raum gibt, der Erblasser habe im Uebrigen das erste Testament bestehen lassen wollen, wir dürfen daher allgemein sagen: sooft aus den Umständen positiv erhellt, der Erblasser wollte das erste Testament fortwährend aufrecht erhalten wissen, hat eine solche stillschweigende Erklärung dieselbe Kraft, welche in fr. 12 §. 1 D. de injusto (28, 2) der ausdrücklichen Erklärung gegeben ist [30]). Nur das kön-

[30]) Es ist also gerade umgekehrt wie bei dem Fortbestehen älterer Codicille neben einem neuerdings errichteten Testamente, hierzu wird

nen wir zugeben, daß außer dem Falle einer institutio ex re certa es faktiſch ſehr wenig vorkommen wird, daß der Erblaſſer

---

nur der negative Anhaltspunkt der voluntas testatoris erfordert, daß keine Willensänderung vorliegt, während neben dem ſpäteren Teſtamente das frühere Teſtament (als Codicill) nur dann gilt, wenn ein poſitiver Anhaltspunkt für Willensbeharrung vorliegt. Einige Worte mögen meine Anſicht hierüber andeuten. Es iſt Rechtsſatz, an ſich wird durch ein Teſtament nicht nur ein früheres Teſtament, ſondern auch ein früheres Codicill aufgehoben; es iſt aber ferner Rechtsſatz, daß dabei ſowohl das frühere Codicill als auch das frühere Teſtament (als Codicill) beſtätigt werden kann, und dann fortgilt. Es fragt ſich nur, in welcher Art muß die Beſtätigung geſchehen, welche Beſtätigung genügt? Bis zu Severus und Antoninus verlangte man nun für die Fortdauer ſowohl früherer Codicille als auch früherer Teſtamente einen poſitiven Anhaltspunkt der Willensbeharrung, und zwar für das frühere Teſtament die ausdrückliche Erklärung, ut valeret testamentum, dagegen für frühere Codicille genügte, wenn ſie in dem neuen Teſtamente in einem Codicille oder quocunque indicio, immer aber poſitiv, beſtätigt waren. Papin. fr. 5 D. de eod. (29, 7.) — Severus und Antoninus halten für frühere Teſtamente an der alten Anſicht im Allgemeinen feſt, d. h. auch ſie fordern hier einen poſitiven Anhaltspunkt der Willensbeharrung, finden dieſen aber nicht nothwendig in einer ausdrücklichen Erklärung (ut valeret prius testamentum fr. 12 §. 1 D. de injusto), ſondern laſſen auch eine ſtillſchweigende Erklärung zu, wenn ſolche Punkte vorliegen, welche einen poſitiven Anhaltspunkt für Willensbeharrung wenigſtens nach Wahrſcheinlichkeitsregeln (mit Zulaſſung des Gegenbeweiſes) geben (fr. 29 D. ad Sct. Treb.); ſtillſchweigende Willenserklärung und dennoch zugleich poſitiver Anhaltspunkt für Willensbeharrung ſind alſo hier keine Widerſprüche. Anders bei früheren Codicillen, hier weichen die Kaiſer von der bisherigen Theorie darin ab, daß ſie überhaupt keinen poſitiven Anhaltspunkt für Willensbeharrung mehr fordern, ſondern den negativen Anhaltspunkt nicht erſichtlicher Willensänderung für genügend erklären (§. 1 J. de codic.); dadurch aber haben ſie den von Papinian geforderten Satz: Beſtätigung iſt nothwendig, nicht aufgehoben (denn es iſt Rechtsſatz, an ſich gehen ſelbſt frühere Codicille durch ein nach ihm errichtetes Teſtament unter, ſie können alſo nur durch Beſtätigung erhalten werden), die Kaiſer ſagen vielmehr nur, auch eine ſtillſchweigende Beſtätigung durch Abweſenheit einer erſichtlichen Willensänderung genügt; es iſt alſo zu beachten, daß hier der negative Anhaltspunkt einer nicht erſichtlichen Willensänderung juriſtiſch ebenfalls als Beſtätigung, nämlich als ſtillſchweigende, daſteht, und darum möchte ich nicht ſagen, Papinian's Meinung ſei die conſequentere, eine iſt ſo conſequent wie die andere, d. h. beide ſetzen die Nothwendigkeit einer Beſtätigung voraus, die Kaiſer machen dabei nur zugleich einen Fortſchritt

den zweiten Erben zu Gunſten der früheren Erben beſchränken, alſo ſtillſchweigend erklären will, ſein früheres Teſtament ſolle noch gelten; allein ganz unmöglich iſt es nicht, man denke nur an den Fall, wenn der Erblaſſer den zweiten Erben z. B. ex semisse inſtituirt, was ja keine institutio ex re certa iſt.

II. Durch das Bisherige haben wir zwei Fälle kennen ge-

---

in möglichſter Berückſichtigung der voluntas testatoris. — Worin aber liegt der Grund der ſonach vorhandenen Verſchiedenheit in der Behandlung früherer Teſtamente und früherer Codicille? Meiner Anſicht nach in folgendem: dem früheren Teſtamente tritt ein neues ſchon an ſich widerſprechend entgegen, es wird neuerdings über denſelben Gegenſtand (Berufung zur Repräſentation) verfügt, es geht Erbeseinſetzung geradezu gegen Erbeseinſetzung; ſowie darum das frühere Teſtament, ſelbſt wo es fortbeſtehen ſoll, nur als Codicill fortgelten kann, ſo hat der Wille, daß es fortdauern ſoll, die Vermuthung gegen ſich, darum wird hier (auch nach jenen Kaiſern) ein poſitiver Anhaltspunkt der Willensbeharrung erfordert; erkennbar darf aber derſelbe ſowohl aus ausdrücklicher als aus ſtillſchweigender Erklärung ſein. Dagegen ein Codicill hat mit Anordnung der Repräſentation nichts zu thun, wird alſo durch ein ſpäteres Teſtament inſofern nicht direkt afficirt, als Codicillar-Dispoſitionen ganz gut neben jeder direkten Beerbung herlaufen könnten; dieß erkennen jene Kaiſer dadurch an, daß ihnen hier der negative Anhaltspunkt einer nicht erſichtlichen Willensänderung genügt. Und was iſt der Grundgedanke des Ganzen? gewiß kein anderer als der: hat ein Erblaſſer mehrere letztwillige Verfügungen hinterlaſſen, ſo ſind ſie ſämmtlich neben einander aufrecht zu erhalten, ſoweit dieß ex voluntate defuncti geſchehen ſoll, und ſoweit es ex ratione juris geſchehen kann. — Iſt das Bisherige gegründet, ſo darf man die Entſcheidung der Kaiſer in §. 1 J. de codic. nicht auf Inteſtat-Codicille beſchränken, ſie gilt vielmehr auch für frühere teſtamentariſche (beſtätigte wie nicht beſtätigte) Codicille, ſollte auch das frühere Teſtament (weil nicht poſitiv beſtätigt) gänzlich verdrängt ſein durch das neue; nur dürfen es keine Verfügungen ſein, die nur in einem beſtätigten Codicille möglich ſind, denn dieſe bedurften gerade wie das frühere Teſtament ſelbſt einen poſitiven Anhaltspunkt der Beſtätigung, dagegen Fideikommiſſe (von dieſen redet §. 1 J. de codic. in der That allein), und ſeit Juſtinian Vermächtniſſe überhaupt, bleiben auch in früheren teſtamentariſchen Codicillen beſtehen, wenn keine Willensänderung erſichtlich iſt. Daß die teſtamentariſchen Codicille vires capiunt ex testamento, ſteht nicht entgegen, es bedeutet nur, daß ſie ungültig werden, wenn ſich die teſtamentariſche Erbfolge aus Gründen, die von der voluntas testatoris unabhängig ſind, nicht realiſirt, z. B. fr. 3 §. 2 D. de jure cod. (29, 7), c. 1 C. de cod. (6, 36.)

lernt, in welchen, auf den Grund der Fideikommißtheorie die in einer institutio ex re certa erſichtliche Beſchränkung des Eingeſetzten auf die res certae aufrecht erhalten wird, nämlich wenn er in einem ſpäteren Teſtamente eingeſetzt, und dabei entweder das frühere Teſtament ausdrücklich beſtätigt iſt, oder ohne ſolche ausdrückliche Beſtätigung die Beſchränkung auf die res certae (was im Zweifel die Vermuthung für ſich hat) erſichtlich iſt. Beide Fälle ſtehen als hierher gehörig feſt, ſelbſt wenn unſere Interpretation über den dem Reſcripte von Severus und Antoninus zu Grunde liegenden Fall nicht die richtige wäre; denn iſt ſie richtig, ſo iſt der letztere jener Fälle in dem Reſcripte direkt enthalten und entſchieden, der erſtere jener Fälle muß aber noch um ſo mehr derſelben Entſcheidung unterliegen; wäre ſie dagegen nicht richtig, ſo wäre jener erſtere Fall in dem Reſcripte enthalten und direkt entſchieden, allein das Reſcript hätte uns dann zugleich wenigſtens die Lehre gegeben (ſ. oben S. 82 Nummer 4, insbeſ. Not. 21), daß auch jener letztere Fall einer gleichen Entſcheidung fähig ſei. Es laſſen ſich aber auch noch andere Fälle denken; wäre z. B. in einem ſpäteren Teſtamente der Erbe inſtituirt excepto fundo vel excepto usufructu, ſo würden die ausgenommenen Sachen auch hier als Fideikommiß zu Gunſten der früheren Teſtamentserben zu behandeln ſein; wäre in einem Inteſtat-Codicille eine hereditas fideicommissaria angeordnet, ſpäter aber ein Teſtament errichtet, und darin der Erbe auf res certae oder mit Ausſchluß von res certae inſtituirt, ſo würde das Uebrige, beziehungsweiſe das Ausgenommene, jenen Fideikommißerben im Zweifel verbleiben; ebenſo wäre es, wenn in einem Inteſtat-Codicille Jemanden eine einzelne Sache als Fideikommiß zugewendet, in dem neuerdings errichteten Teſtamente aber der Erbe eingeſetzt iſt mit Ausſchluß gerade dieſer Sachen; der einfachſte Fall wird indeſſen immer der ſein, daß der Teſtator in dem die institutio ex re certa enthaltenden Teſtamente ausdrücklich angegeben hat, zu weſſen Gun-

ſten er den Inſtituirten auf die res certae beſchränkt wiſſen will, z. B. in ähnlicher Art, wie es am Schluſſe des fr. 69 pr. D. de leg. II. bei dem ex asse inſtituirten heres vorliegt, der mit beſtimmter Summe zufrieden ſein ſoll für die Erbſchaft, die, wenn kein Teſtament errichtet wäre, an den Bruder des Erblaſſers jure legitimo fallen würde. Und ſo hat es denn auch keinen Anſtand, daß der Teſtator bei Anordnung einer institutio ex re certa ſagen kann, im Uebrigen ſollten ſeine Inteſtaterben kommen, oder im Uebrigen wolle er, daß Inteſtaterbfolge eintrete, es wird dadurch natürlich nicht herbeigeführt, daß der Erblaſſer pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, ſondern die Verfügung wird behandelt als ein Fideikommiß zu Gunſten der Inteſtaterben. Nachdem wir die Geſichtspunkte und Vorausſetzungen angegeben haben, unter welchen die Aufrechthaltung der Beſchränkung des Erben auf die res certa eintreten kann, iſt es überhaupt leicht, ſich die hiernach möglichen Fälle noch weiter zu vervielfältigen; auch ſehen wir, dieſe Behandlung iſt nichts der institutio ex re certa Eigenthümliches, ſondern Anwendung des allgemeinen Grundſatzes, daß eine der Honorirung beigefügte Beſchränkung als Fideikommiß behandelt wird zu Gunſten desjenigen, in Rückſicht deſſen ſie der Teſtator angeordnet hat. Und ſo iſt es bei unſerer institutio ex re certa gerade ſo wie da, wo der Teſtator den Erben ad diem oder unter einer Reſolutivbedingung eingeſetzt hat; dieſe an ſich unzuläſſige Zeitbeſchränkung wird gerade wie jene Sachbeſchränkung aufgefaßt, ſie wird detrahirt, wenn nicht erſichtlich iſt, zu weſſen Vortheile ſie gelten ſoll, und nirgends finden wir in den Quellen, daß dann angenommen wird, ſie ſei zu Gunſten der Inteſtaterben des Teſtators beigefügt; iſt dagegen aus des Teſtators Willenserklärung erſichtlich, zu weſſen Vortheil die Zeitbeſchränkung gelten ſoll, dann wird ſie als ein Fideikommiß, und zwar als fideikommiſſariſche Subſtitution aufgefaßt [81]).

[81]) Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XL S. 192. S. 243—245. S. 252—258. S. 379—382. Bd. XLI S. 267, Note 99.

§. 7.

Fortsetzung.

Dagegen haben wir nunmehr genauer zu untersuchen, wie sich in den Fällen, welche nach dem Bisherigen zur Einschränkung des Erben auf die res certae wirklich geeignet sind, das Verhältniß juristisch gestaltet: welche rechtliche Stellung nimmt hier einerseits der heres ex re certa institutus, und welche nimmt andererseits derjenige ein, zu dessen Gunsten der Erbe auf die res certae beschränkt ist?

In dieser Beziehung sind nun die zwei möglichen Fälle der institutio ex re certa, welche wir bisher im Uebrigen immer auf eine Linie stellen mußten, genau von einander zu trennen, es ist nämlich hier ein großer Unterschied, ob die Anordnung geradezu als Einsetzung auf res certae, oder aber ob sie als Einsetzung mit Ausschluß von res certae ausgesprochen worden ist.

I. In dem letztern Falle, (also wenn z. B. neben der in fr. 74 D. de hered. inst. erwähnten Erbeseinsetzung „excepto fundo, excepto usufructu heres esto" zugleich ein Dritter, zu dessen Gunsten die Beschränkung gelten soll, erhellt,) ist die Ausschliessung von den res certae zu behandeln als ein Singular-Fideikommiß, auferlegt dem heres ex re certa institutus zum Vortheile dieses Dritten, gerade wie in fr. 86 pr. D. de leg. II die von dem Erbtheile des coheres ausgenommenen Sachen als stillschweigende Singular-Fideikommisse zu Gunsten der Miterben aufzufassen sind [1]). Uebersteigt nun die res certa ein Viertheil des reinen Betrags der Erbschaft, so ist der Erbe berechtigt, von diesem stillschweigenden Vermächtnisse die quarta Falcidia abzu-

---

[1]) Nur daß im letzteren Falle, eben weil die Honorirten die Miterben sind, das Vermächtniß zugleich als Präfideikommiß gilt, und zwar als eigentliches Vorvermächtniß, denn die ausgenommenen Sachen fallen den Miterben in der That e communi zu. v. Buchholtz, Prälegate, S. 269 f.

ziehen. Eben weil das Objekt, die res certae, wie umfangsreich ſie auch ſein mögen, bewirkt, daß hier nur ein ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß vorliegt, folgt weiter von ſelbſt, daß der heres hier nicht zur Antretung gezwungen werden kann [2]), daß ferner das Vermächtniß nur dann ſich realiſirt, wenn nach Abzug der Schulden noch Aktivvermögen in der Erbſchaft vorhanden iſt, und daß ſelbſt nach der Reſtitution des Vermächtniſſes der Erbe heres ex re certa institutus nicht nur dem Namen nach Erbe bleibt, ſondern auch praktiſch fortwährend in jeder Beziehung als Erbe behandelt wird, daß Forderungen und Schulden nur allein ihn angehen, und daß er das, was ihm nach Abzug der res certae bleibt, nicht blos ex hereditate, ſondern auch wirklich jure hereditario inne hat.

II. Ganz anders verhält ſich alles dieſes, wenn die institutio direkt als Einſetzung auf eine res certa angeordnet iſt (wenn alſo z. B. neben der in fr. 1 §. 4 D. de her. inst. erwähnten Einſetzung: „heres esto ex fundo“ zugleich ein Dritter, zu deſſen Gunſten die Beſchränkung gelten ſoll, erſichtlich iſt); hier ſind in der Beſchränkung auf die res certa zwei ſtillſchweigende Fideikommiſſe zugleich zu erblicken, einmal ein fideicommissum hereditatis zu Gunſten dieſes Dritten, und dann ein auf der hereditas zu Gunſten des Erben ruhendes Singular-Vermächtniß, deſſen Gegenſtand die res certa iſt; das Verhältniß geſtaltet ſich hier ſo, wie in den Fällen, wenn dem an ſich gehörig eingeſetzten Erben auferlegt iſt: restituas hereditatem contentus certa re [3]), oder wenn ihm ſchlechthin (ohne ausdrückliche Erwähnung dieſer Reſtitution) geſagt iſt: contentus sis certa re [4]), oder endlich wenn ihm auferlegt iſt: restituas hereditatem accepta,

[2]) Fr. 16 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1), fr. 16 §. 6 D. eod. verb. et quamvis placeat.

[3]) Z. B. c. 11 Cod. ad l. falc. (6, 50.) Ueber dieſe und die folgenden Fälle ſ. von Buchholtz, Prälegate, S. 255 — 268. Ausführlicher noch werden wir im dritten Abſchnitte auf dieſe Fälle zu ſprechen kommen.

[4]) Z. B. fr. 69 D. de leg. II.

deducta, praecepta, retenta certa re [5]). Dieß erhellt einfach daraus, daß in dem oben erörterten §. 3 J. quib. mod. test. inf. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. das Reſcript von Severus und Antoninus entſcheidet: „sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis —— hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant", daß ferner die Auffaſſung des „contentus esto" in fr. 69 pr. D. de leg. II dahin angegeben wird: „retinente vel praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus", und daß endlich in den hiermit alſo gemeinten Fällen retenta, praecepta etc. certa re restituas hereditatem die res certa als ein ſtillſchweigendes auf der hereditas ruhendes Fideikommiß gilt.

Freilich gerade die Geſtaltung des Falles, wenn dem Erben aufgegeben iſt, die Erbſchaft zu reſtituiren accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa faſſen viele Juriſten in ganz anderer Art auf; bekanntlich nämlich iſt dieſe certa res vel summa in die quarta (hier die ſog. quarta Trebellianica) einzurechnen, um nun dieß außer allen Widerſpruch zu bringen mit der (auch von uns gebilligten) Anſicht, daß in die Trebellianica, die nichts als die auf das fideicommissum hereditatis angewendete reine quarta Falcidia ſei, in der That auch nichts anders als in die Falcidia eingerechnet werde, alſo nur das, was dem Erben titulo heredis zufällt, hat man behauptet, der Fiduciar müſſe das von ihm Zurückbehaltene darum in die Quart imputiren, weil er daſſelbe nicht blos ex hereditate, ſondern wirklich jure hereditario inne habe, daſſelbe alſo kein Vermächtniß ſei. So argumentirt dieſer Anſicht folgend namentlich von Vangerow [6]) folgendermaßen: ſetze man, Titius ſei zum heres ex asse eingeſetzt, und ihm auferlegt, die ganze Erbſchaft, jedoch mit Vorbehalt eines

[5]) Z. B. §. 9 J. de fid. her. (2, 23), die 4 Worte accepta, deducta, praecepta, retenta werden abwechſelnd gebraucht, und ſind hier gleichbedeutend. v. Buchholz a. a. O. S. 258, Note 69.

[6]) Leitfaden für Pand.-Vorl. Bd. II. S. 490.

Hauſes, an den Gajus zu reſtituiren, ſo ſei doch offenbar Titius, da er Erbe auf das Ganze ſei, auch Erbe auf das Haus, und es ſei nicht wohl einzuſehen, wie dadurch, daß er nun „das Uebrige“ wieder herausgeben ſoll, ſich der Titel, auf welchen er das Haus inne habe, verändern ſolle, er bleibe alſo Erbe auf das Haus; das freilich ſei (wie wir auch unten ſehen werden) wahr, daß in ſolchen Fällen ſämmtliche Erbſchaftslaſten, Schulden ſowohl als Vermächtniſſe, der Regel nach auf den Fideikommiſſar übergingen, und inſofern könne §. 9 J. de fid. her. (2, 23) in den Worten: „et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita“ den Fiduciar immerhin mit einem Vermächtnißnehmer vergleichen, aber wie wenig daraus gefolgert werden könne, gehe ſchon aus dem Verhältniſſe eines heres ex re certa hervor, ſofern derſelbe neben anderweit inſtituirten Miterben vorkomme, der nämlich in dieſem Falle (ſ. unten den dritten Abſchnitt) nach von Vangerow's Anſicht [1]) ebenfalls als Erbe auf die res certa gelten ſoll.

Dieſe Auffaſſung läßt ſich in keiner Weiſe rechtfertigen; vor allem und hauptſächlich iſt es juriſtiſch nicht richtig, wenn man ſagt, der Erbe habe hier „das Uebrige“ zu reſtituiren, der Gegenſtand der Reſtitution iſt vielmehr die hereditas; ſowie dieſe überhaupt (§. 1) ein von materiellen Beſtandtheilen unabhängiges Begriffsganzes iſt, ſo iſt ſie dieß auch als Objekt des hier doch anerkannt vorliegenden fideicommissum hereditatis, ſie leidet kein Plus, kein Minus, keinen Abzug von Beſtandtheilen, dieß ſagen uns auch die Quellen gerade in Beziehung auf die Frage, wann ein fideicommissum hereditatis, mit ſeinen Folgen, vorhanden ſei, und wann nicht, es wird in fr. 16 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36, 1) geradezu einander entgegengeſetzt id quod superest ex hereditate und ipsa hereditas, und dabei heißt es

[1]) Von Vangerow's Leitfaden, Bd. II. S. 156 ff.

ausdrücklich : nec enim posse ex jure (von einem Rechtsbegriffe) deduci quantitatem, womit also jene Ansicht ganz unvereinbar ist [s]); Das „Uebrige" könnte nichts anderes bedeuten, als den Complex der nach Abzug der res praecipienda übrigen Bestandtheile der Erbschaft, also einen Complex von res singulae, das Objekt eines Singular-Fideikommisses; wie es aber dann auch nur überhaupt möglich wäre, daß actiones hereditariae übergehen auf denjenigen, der dieses Uebrige erhalten soll, ist nicht zu begreifen, sowenig wie der Umstand, daß der Erbe hier zur Antretung gezwungen werden kann. Ist nun hiernach in dem vorliegenden Falle die hereditas zu restituiren, so ist in der Restitution (die bekanntlich durch blos wörtliche Erklärung geschieht) auch die res certa selbst begriffen, dieß ist juristisch gar nicht anders möglich, eben weil der Rechtsbegriff sämmtliche Vermögensbestandtheile nach sich zieht; hiermit hat denn für den Fiduciar der bisherige Erbentitel auch auf die res certa aufgehört, diese ist mit dem juris nomen der hereditas auf den Fidei-

---

[s]) Es scheint darum zweckmäßig, diese Stelle hier einzurücken; schon in dem vorhergehenden §. 2 des fr. 16 cit. wird die Regel dahin aufgestellt : Et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re, vel quantitate fuerit rogatus; ceterum si de universitate sensisse testatorem appareat, nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi posse, sive sponte adiit, ex Trebelliano transeant actiones. Sodann wird davon folgende Anwendung gemacht in §. 3 : Inde quaeritur, si quis hereditatem rogatus sit restituere deducto aere alieno, vel deductis legatis, an suspectam dicens cogi possit adire, et restituere hereditatem, quia vi ipsa magis id, quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus. Et sunt, qui putent, ut Maecianus, inutilem hanc deductionem; nec enim posse ex jure deduci quantitatem, non magis, quam si fundum quis deducto aere alieno, vel deductis legatis restituere sit rogatus, neque enim recipit fundus aeris alieni, vel legati minutionem. Sed Julianum existimare refert, Trebelliano Senatusconsulto locum esse, et ne dupliciter fideicommissarius oneretur, et quum heres aes alienum vel legatum deducit, et quum convenitur a creditoribus vel legatariis, restituta sibi ex Trebelliano hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede, aut cavere illi heredem, defensum iri eum adversus legatarios ceterosque.

kommiſſar jure hereditario übergegangen. Daß nun der Fiduciar dieſelbe dennoch behalten ſoll, dieß geſtaltet ſich juriſtiſch einfach in folgender Art: die res certa wird ſo behandelt, als ruhe ein ſie betreffendes Singular-Vermächtniß zu Gunſten des Fiduciars auf der Erbſchaft, durch Realiſirung dieſes Vermächtniſſes bekommt dieſer alſo zum zweitenmale die res certa, und zwar jetzt titulo singulari; dieſes Vermächtniß hätte nun eigentlich der Fideikommiſſar ſelbſt (denn auf ihn iſt die Erbſchaft übergegangen) dem Fiduciar zurück zu reſtituiren, allein die Reſtitution wird kurzweg realiſirt durch Retention, d. h. der Fiduciar, nachdem er die Verbalreſtitution des juris nomen der hereditas vorgenommen hat, nimmt nun von der Baarreſtitution der res hereditariae die res certa aus, und behält ſie, aber eben nur titulo singulari, es iſt nicht bewirkt, daß er nur das Uebrige jure hereditario reſtituirt, die res certa aber jure hereditario behalten hat. So erklärt es ſich, daß in §. 9 J. de fid. her. geſagt wird, ſie bleibe bei ihm zurück quasi ex legato ei acquisita, das quasi bezeichnet, daß die Verfügung des Erblaſſers hinſichtlich der res certa nicht formell und ausdrücklich als Vermächtniß angeordnet iſt, ſondern nur juriſtiſch als Vermächtniß behandelt wird. Hiernach alſo iſt ganz wohl zu begreifen, wie es kommen kann, daß der Fiduciar die Sache auf einen anderen Titel behält als der iſt, auf welchen ſie ihm durch die hereditas urſprünglich zugewendet war, es erklärt ſich daraus, daß (ſ. oben Seite 6) zwiſchen dem Titel des Gerufenſeins und dem des Bekommens, Zurückbekommens, Behaltens rechtlich ein großer Unterſchied ſein kann, und dieſer iſt in der That hier. Dagegen wäre andererſeits, wenn der Fiduciar, wie v. Vangerow ſagt, die Sache fortwährend jure hereditario inne hätte, das ganz unbegreiflich, daß dennoch alle Erbſchaftslaſten auf den Fideikommiſſar übergehen, gerade der Umſtand, daß der Fiduciar gar keinen Antheil mehr an den actiones hereditariae hat, iſt der beſte, gar nicht anders zu deutende, Beweis dafür, daß er die

Sache nicht als Erbe inne hat. Die von v. Vangerow gemachte Hinweiſung auf den heres ex re certa, ſofern derſelbe neben anderweit inſtituirten Miterben vorkommt, müſſen wir vorerſt hier unberückſichtigt laſſen, gerade das iſt erſt zu beweiſen, daß dieſer hier wirklich Erbe auf die res certa ſei, aber ſelbſt wenn ſich dieß ſo verhielte, ſo wäre es doch nur Singularität; eine Singularität aber darf zur Erklärung anderer Verhältniſſe nicht benutzt werden. — Die Erklärung darüber, wie es nun kommt, daß die Fiduciar die Sache, welche er titulo singulari inne hat, dennoch in die quarta Trebelliana einzurechnen hat, kann erſt unten, wenn gewiſſe andere Punkte erörtert ſind, gegeben werden; uns galt es hier zunächſt nur um Widerlegung jener Anſicht, daß der Erbe, welcher accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa hereditatem restituere jussus est, nur „das Uebrige" zu reſtituiren habe, dagegen die res certa fortwährend jure hereditario behalte; wäre dieſe Anſicht gegründet, ſo müßte auch in den uns vorliegenden Fällen der institutio ex re certa (da dieſelben mit jenen Fällen auf gleicher Linie ſtehen) das Reſultat entſtehen, daß unſer Erbe, zuerſt von dem Erblaſſer inſtituirt als heres ex re certa, dann detracta rei mentione juriſtiſch behandelt als heres ex asse, hinterher nach der Reſtitution dennoch ein wahrer heres ex re certa auch der rechtlichen Auffaſſung nach ſein würde.

Nachdem wir durch das Bisherige den richtigen Geſichtspunkt für die Behandlung des vorliegenden Falles der institutio ex re certa aufgeſtellt und gerechtfertigt haben, iſt die weitere Geſtaltung deſſelben im Einzelnen von ſelbſt gegeben, es entſcheiden hier ganz die Grundſätze, welche da gelten, wo der gehörig eingeſetzte Erbe die Erbſchaft deducta, praecepta re zu reſtituiren hat. Hieruach verſteht es ſich zunächſt von ſelbſt, daß auch unſer heres ex re certa gezwungen werden kann zur Antretung und zur Reſtitution der Erbſchaft an den Dritten, zu deſſen Gunſten hier ein fideicommissum hereditatis angenommen wird, dieß ſelbſt

dann, wenn die Erbschaft eine überschuldete ist, indem in solchem Falle bekanntlich zwar ein Singular-Vermächtniß, nicht aber auch ein Universal-Vermächtniß nullius momenti wird. Die Folge der erzwungenen Antretung besteht auch hier darin, daß der Gezwungene keinen Vortheil aus der Erbschaft behält, also insbesondere seinen Anspruch auf die res certa verliert [9]). Wie sich dagegen das Verhältniß nach der freiwilligen Antretung und Restitution der Erbschaft gestaltet, hängt von Folgendem ab:

A. Es kann sein, der Erbe restituirt totam hereditatem, ohne daß der Abzug der Quart zur Sprache kommt. Hier tritt alles oben Gesagte vollständig in Wirksamkeit; die Restitution geschieht ex Scto Trebelliano, der Fideikommissar ist nun heredis loco, und zwar auf das Ganze, d. h. die actiones hereditariae gehen in solidum [10]) auf ihn über, sollten auch die res certae an Werth der quarta pars hereditatis gleichkommen, oder dieselbe gar übersteigen, eben weil res certae unabhängig von dem (hier in solidum restituirten) juris nomen der hereditas sind, und darum der Fall sich ganz anders gestaltet, als da, wo der Erbe quartam partem hereditatis zu restituiren hat und restituirt [11]). Andererseits hört der heres ex re certa institutus nun restituta hereditate zwar nicht auf, Erbe zu sein, wohl aber wird er praktisch nicht mehr als Erbe behandelt, er hat keinen Antheil mehr an den actiones hereditariae, es bleibt ihm nichts als das inane nomen heredis; dagegen wird ihm nunmehr die res certa als quasi ex legato ei acquisita zu Theil, und zwar realisirt sich dieß dadurch, daß er dieselbe bei der Baarrestitution der Erbschaftsbestandtheile zurückbehält. — Indessen verdienen zwei in dem Gesagten enthaltene Punkte noch eine besondere Hervorhebung.

---

[9]) fr. 27 §. 14 D. ad Sct. Treb. (36, 1.)
[10]) §. 9 J. de fid. her. (2, 23), fr. 30 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36, 1.)
[11]) s. die Stellen der vorigen Note.

1) Daß nämlich in dem ſoeben betrachteten Falle, wenn alſo der Erbe totam hereditatem reſtituirt, die Reſtitution ex Scto Trebelliano geſchieht, bedarf für das Juſtinianeiſche Recht keiner Erwähnung [12]), wir müſſen aber behaupten, ganz daſſelbe fand auch ſchon in dem Rechte vor Juſtinian ſtatt. Zwar galt zufolge des, gerade erſt durch Juſtinian beſeitigten, Sctum Pegasianum der Grundſatz, daß nur dann ex Trebelliano reſtituirt werde, wenn der Erbe drei Viertheile oder eine noch kleinere Quote der Erbſchaft zu reſtituiren hatte, dagegen „si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus erat Pegasiano Senatusconsulto“, ſelbſt wenn er nicht die Quart abzog, ſondern freiwillig das Ganze reſtituirte; der Fideikommiſſar wurde bloßer successor singularis, und rückſichtlich der Forderungen und Schulden wurden hier stipulationes ad exemplum emtae venditae hereditatis nöthig [13]). Allein in einer Reihe von Stellen aus der Zeit vor Juſtinian aber nach dem Sctum Pegasianum finden wir den Satz theils ausgeſprochen, theils vorausgeſetzt, daß da wo dem Erben auferlegt iſt, die ganze Erbſchaft herauszugeben, ſei es, daß er ſich dabei beſtimmte Sachen zurückbehalten ſoll oder nicht, und er freiwillig wirklich das Ganze reſtituirt, die Reſtitution ex Scto Trebelliano geſchehe [14]). An eine Interpolation dieſer Stellen iſt nicht zu denken, wir müſſen vielmehr als gewiß annehmen, daß in der That ſchon vor Juſtinian dieſer Satz, und ſomit eine Aenderung an den Beſtimmungen des Sct. Pegasianum beſtand, wenn auch Juſtinian's Inſtitutionen dieſelbe bei Erzählung der Geſtaltung, welche

---

[12]) §. 7 J. de fid. her. (2, 23.)

[13]) Gaj. II §. 256. 257. — §. 6 J. de fid. her. (2, 23.)

[14]) fr. 93 fin. D. ad l. Falc. (35, 2.) (Papinian.) — fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (36, 1) (Ulpian.) — fr. 30 §. 3 D. eod. (Marcian.) — fr. 45 D. eod. (Modestin.) — fr. 63 §. 3 D. eod. (Gajus.) — fr. 20 D. quae in fraud. cred. (42, 8) (Callistratus.) — Auch §. 9 J. de fid. her. (2, 23) rührt gewiß nicht erſt von Juſtinian her.

dem Univerſal-Fideikommiſſe restituta hereditate nach und nach zu Theil geworden iſt, nicht erwähnt haben. Meine Anſicht über dieſe Neuerung iſt folgende: Wenn der Erblaſſer nicht ausdrücklich angeordnet hat, der Erbe ſolle retenta parte quarta die Erbſchaft, beziehungsweiſe ſeine Erbportion reſtituiren, ſondern demſelben ſchlechthin die Reſtitution der Erbſchaft oder ſeiner Portion aufgegeben hat, ſo iſt darin immer der Wunſch des Erblaſſers zu ſehen, der Erbe möge von ſeinem Rechte, die Quart abzuziehen, keinen Gebrauch machen, er möge ſo honett ſein, die ganze Erbſchaft, die ganze Portion, unverkürzt zu reſtituiren, ja ſelbſt das Zurückbehalten beſtimmter Sachen, das er ihm etwa geſtattet hat, zu unterlaſſen [15]). Kam nun der Erbe getreulich dieſem ſtillſchweigenden Wunſche des Erblaſſers nach, ſo hätte er der Strenge nach ex! Pegasiano reſtituiren müſſen, und jene stipulationes zwiſchen ihm und dem Fideikommiſſar wären nöthig geworden; dieſe aber waren in vielen Fällen eine gefahrvolle Klippe, noch Juſtinian ſagt, ſie hätten den alten Juriſten mißfallen, und ſeien beſonders von Papinian als äußerſt verfänglich bezeichnet worden [16]). Sollte nun der Erbe um ſeiner

---

[15]) Daher fällt es nicht unter das Schenkungsverbot bei Ehegatten, wenn der Mann, der ſeiner Frau die Erbſchaft retenta, praecepta certa quantitate reſtituiren ſoll, die Reſtitution ohne dieſen Abzug vornimmt, nec immerito saepe credimus aliquid testatorem voluisse, et tamen non rogasse. Fr. 5 §. 15 D. de donat. inter vir. et un. (24, 1.) Daher ferner heißt es in fr. 20 D. quae in fraud. (42, 8): debitorem, qui ex Scto. Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere. Eine andere Anwendung gibt Paul. Sent. rec. IV. 3 §. 4: qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest, nec enim indebitum solvisse videtur, qui plenam fidem defuncto praestare voluit.

[16]) §. 7 J. de fid. her. (2, 23) stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas esse homo excelsi ingenii Papinianus appellat. Ebenſo in const. Tanta §. 6.

Treue willen ſolchen Gefahren ausgeſetzt ſein? Einen juriſtiſchen Ausweg hätte es wohl gegeben: der Fiduciar durfte nur die Antretung weigern, und ſich zu derſelben zwingen laſſen, die Reſtitution wäre hier, wie dieß das Sct. Pegasianum eingeführt hat, ex Trebelliano geſchehen. Aber war es der fiducia gemäß, die Treue, wenn auch nur zum Scheine, in das Gewand des Ungehorſams zu kleiden? Dieſe Betrachtungen mochten meiner Anſicht nach die Veranlaſſung jenes Satzes geweſen ſein, die Berechtigung zu ſeiner Einführung fand man wohl darin, daß derſelbe, wenn auch nicht den Worten, doch dem Geiſte des Sctum Pegasianum entſprechend ſchien; dieſes Senatusconſult wollte doch offenbar das Sct. Trebellianum nur zu Gunſten des Fiduciars für den Fall, daß derſelbe die Quart nicht frei hatte, aufheben, es faßte nur ſeine Worte zu eng, gewiſſermaßen von der Vorausſetzung ausgehend, der Erbe würde auch jedesmal von ſeinem Rechte des Quartabzuges Gebrauch machen. Und ſo findet ſich, geſetzt man dürfe an der Reinheit der daſſelbe ſagenden Pandektenſtellen zweifeln, in Pauli sent. rec. IV, 3 §. 2 geradezu der Satz:

> totam hereditatem restituere rogatus, si quartam retinere nolit, magis est (obwohl gegen das Geſetz), ut eam ex Trebelliano debeat restituere, tunc enim omnes actiones in fideicommissarium dantur [17]).

Ganz beruhigt über dieſe immerhin etwas kühne Neuerung ſcheinen indeſſen doch nicht alle römiſchen Juriſten geweſen zu ſein, noch Modeſtinus, obwohl er dieſelbe als in der Praxis geltend anerkennt, gibt doch den Rath, der Erbe thue, um mit

---

[17]) Vom Standpunkte dieſer Neuerung aus ſcheint auch Ulpian Fragm. XXV §. 14 die Art und Weiſe der Reſtitution der fideicommissaria hereditas dargeſtellt zu haben, er unterſcheidet nur die zwei Fälle: falcidia locum non habente — ex Trebelliano restituitur hereditas, und: lege falcidia interveniente — ex Pegasiano Scto restituit.

dem Geſetze in Einklang zu bleiben, beſſer, er laſſe ſich zur Antretung zwingen, und reſtituire dann ex ipso Trebelliano [18]).

2) Es war oben geſagt, der heres erhalte die res certa als Vermächtniß; es fragt ſich, ob dieſes nur als ein ſimples Vermächtniß, oder aber ob es als Prälegat, genauer geſagt, als ſtillſchweigendes Präfideikommiß anzuſehen iſt? Alles kommt darauf an, wie man den Begriff eines Vorvermächtniſſes faßt. Ich verſtehe darunter dasjenige Vermächtniß, welches einem Erben e media hereditate zugewendet iſt; wegen des natürlichen Satzes: „heredi a semel ipso inutiliter legatur“ iſt nun ein Vorvermächtniß nur dann und ſoweit rechtlich möglich, als die Erbſchaft oder eine Quote derſelben an einen Andern als den mit dem Vermächtniſſe honorirten Erben jure hereditario (ſei es unmittelbar oder mittelbar) fällt, alſo: a) wenn der Honorirte ein Theilerbe iſt, hier bleibt das ihm e media hereditate zugewendete Vermächtniß nur zu den Theilen gültig, welche er von den Miterben zu erhalten hat, es ſei denn, daß er zugleich ſeine portio hereditatis an Andere (Miterben oder Nichterben) zu reſtituiren hat; denn da ihm hier auch ſeine eigene urſprüngliche Erbportion durch die Reſtitution fremd geworden iſt, ſo realiſirt ſich zu ſeinen Gunſten auch der auf dieſer Portion haftende Theil des Prälegates [19]); b) wenn der Univerſalerbe mit einem Vermächtniſſe e media hereditate honorirt iſt, zugleich aber die Erbſchaft oder eine Quote derſelben zu reſtituiren hat; da, wo er die ganze Erbſchaft reſtituirt, realiſirt ſich das ganze Prälegat, eben weil ihm die Erb-

---

[18]) fr. 45 D. ad Sct. Treb. (36, 1): qui totam hereditatem restituere rogatus quartam retinere non vult, fidumque obsequium defuncti precibus praebere desiderat, sua sponte adire debebit hereditatem, quasi ex Trebelliano eam restituturus. Suaserim tamen, suspectam potius dicat hereditatem, coactusque a Praetore restituat; hoc enim casu ex ipso Trebelliano restituere videtur, expositoque hereditario metu universas actiones in eum transferri, qui recepit hereditatem.

[19]) Dieſen Satz werden wir im dritten Abſchnitte näher beſprechen.

ſchaft gänzlich fremd geworden, und der Fideikommiſſar loco heredis ex asse iſt; reſtituirt er nur eine Quote, ſo bleibt das Prälegat zu der Rate gültig, zu welcher die Erbſchaft an den Fideikommiſſar, welcher nun coheredis loco geworden, reſtituirt iſt, zu der anderen Rate behält der Fiduciar das prälegirte Objekt jure hereditario. Die endliche Geſtaltung aller dieſer Fälle kann freilich unter Umſtänden das Reſultat herbeiführen, daß das Prälegat ſich überhaupt nicht als Vermächtniß realiſirt (wenn und ſoweit der damit honorirte Erbe die ganze Erbſchaft bekommt und behält, z. B. die Miterben oder der Fideikommiſſar ſchlagen aus), dagegen überall da, wo es ſich als Vermächtniß realiſirt, bleibt es auch (vorausgeſetzt, daß der Honorirte überhaupt Erbe geworden iſt) Prälegat, wird nicht zum ſimplen Vermächtniſſe, dieß ſelbſt dann, wenn der Univerſalerbe dem Willen des Erblaſſers gemäß die ganze Erbſchaft reſtituirt hat, alſo praktiſch nicht mehr als Erbe gilt, und ſich keinen Theil des Prälegats aus eigener Erbportion zu zahlen hat, vielmehr das Ganze von dem Fideikommiſſar (auf dem Wege der Retention) bekommt, denn in den Fällen, in welchen der Univerſalerbe die ganze Erbſchaft mit Zurückbehaltung beſtimmter Sachen reſtituiren ſoll, wird das Zurückzubehaltende ausdrücklich praelegatum genannt[20]); fordert man nun aber zum Begriffe des Prälegates, daß der Prälegatar bei der endlichen Geſtaltung des Verhältniſſes Theilerbe bleibe, ſo wäre hier, wie da, wo der Theilerbe ſeine portio hereditaria zu reſtituiren hat, der von den Quellen gebrauchte Name praelegatum nicht gerechtfertigt, da ſich das Zurückzubehaltende in gar keinem Fall als ein dem angegebenen Begriffserforderniſſe entſprechendes Prälegat geſtalten kann; denn entweder reſtituirt der Erbe wirklich die ganze Erbſchaft, beziehungsweiſe ſeinen Erbtheil, oder er zieht die Quart ab; im erſteren Falle gehen die actiones in solidum auf den Fideikommiſſar über, der Erbe wird

[20]) ſ. fr. 3 §. 3 D. de usuris (22, 1), fr. 125 D. de leg. I.

praktiſch gar nicht mehr als Erbe behandelt, im letzteren Falle dagegen geſchah vor Juſtinian (und aus dieſer Zeit rühren doch die Stellen her, welche das Zurückzubehaltende als Prälegat bezeichnen) die Reſtitution ex Pegasiano, alſo wurde der Fideikommiſſar loco legatarii, der Erbe aber wurde fortwährend auch praktiſch ganz als Erbe behandelt, und das Prälegat realiſirte ſich überhaupt nicht als Vermächtniß. — Iſt nun aber, wie wir glauben, ein Prälegat da vorhanden, wo der Erbe nach Anordnung des Teſtators die Erbſchaft mit Zurückbehaltung beſtimmter Sachen reſtituirt, ſo iſt auch in dem Falle, wenn die Verfügung nicht alſo ausdrücklich angeordnet, ſondern nur zu dieſer Geſtaltung juriſtiſch conſtruirt wird, das Zurückbehaltene als Prälegat zu behandeln, alſo namentlich in unſerem Falle der institutio ex re certa, man kann daher recht wohl ſagen, der heres erhalte die res certa hier vice praeceptionis [21]).

---

[21]) Indeſſen iſt anzuerkennen, daß es zu keinen praktiſchen Verſchiedenheiten führt, ob wir in dem vorliegenden Falle ein Prälegat oder aber ein ſimples Vermächtniß annehmen, wir wollen darum auch nicht mit von Buchholtz ſtreiten, wenn er, — ausgehend von dem Satze, die Realiſirung eines Prälegates erfordere, daß deſſen Erwerber ein direkter und bleibender Theilerbe ſei, — in dem Falle, wenn der Univerſalerbe die Erbſchaft mit Zurückbehaltung beſtimmter Sachen reſtituirt, rückſichtlich dieſer Sachen ein ſimples Vermächtniß, nicht aber ein Prälegat annimmt. (v. Buchholtz, Prälegate S. 134, S. 255, Note 61.) Dagegen können wir keineswegs ſeiner weiteren Anſicht (S. 110—114) beipflichten, daß in dem genannten Falle erſt nach neuerem Rechte (da nunmehr der Erbe restituta hereditate aufhöre Erbe zu ſein) ein ſimples Vermächtniß vorliege, dagegen ein Prälegat (in dem v. Buchholtz'ſchen Sinne) für die ältere Zeit, indem damals der Erbe auch nach der Reſtitution Erbe auf die zurückbehaltenen Sachen, alſo gewiſſermaßen Theilerbe geblieben ſei. Dieſe Anſicht widerlegt ſich ſchon durch das oben gegen die Argumentation von v. Vangerow Ausgeführte (ſ. oben S. 96 ff.) — Uebrigens iſt es einleuchtend, daß dem Univerſalerben, welchem Reſtitution der ganzen Erbſchaft auferlegt iſt, überhaupt Vermächtniſſe erſt ſeit der Zeit zugewendet werden konnten, als der Satz anerkannt war, die Reſtitution der tota hereditas geſchehe ex Trebelliano (ſ. oben S. 101 ff.), ſolange dieſe Reſtitution ex Pegasiano geſchah, würde ſich jene Zuwendung überhaupt nicht als Vermächtniß realiſirt ha-

Kehren wir nach dieſen Zwiſchenerörterungen zu unſerem Falle zurück, und fragen nunmehr:

B. Wie geſtaltet es ſich, wenn der heres ex re certa bei Reſtitution der Erbſchaft die quarta (Trebelliana) abziehen will. Daß derſelbe

1) nach dem Rechte der Compilation in der That zu dieſem Abzuge befugt iſt, dieß aber nur ſo weit als ihm die Quart nicht bereits durch die res certa gedeckt iſt, indem er ſich dieſelbe in die Quart einrechnen laſſen muß, dieß folgt nicht nur daraus, daß dieſelben Grundſätze gelten in dem Falle, wenn ein Erbe die Erbſchaft reſtituiren ſoll contentus certa re vel summa [22]), oder wenn er ſie reſtituiren ſoll deducta, praecepta, etc. certa re vel summa [23]), ſondern es wird uns geradezu für einen der hier vorliegenden Fälle unſerer institutio ex re certa ausgeſprochen in dem oben erörterten, in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. enthaltenen Reſcripte von Severus und Antoninus mit den Worten:

> ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat etc.

Oben haben wir nun geſehen, daß in allen Fällen, in welchen der Erbe die Erbſchaft mit Zurückbehaltung einer certa res vel summa reſtituiren ſoll, dieſe res als ein auf der Erbſchaft zu Gunſten des Fiduciars ruhendes Vermächtniß behandelt wird, während derſelbe nicht das Uebrige, ſondern totam hereditatem reſtituirt; wie aber erklärt ſich, daß die zurückbehaltenen Sachen in die Trebellianiſche Quart, die doch nichts als die auf Univerſal-Vermächtniſſe angewendete quarta Falcidia iſt [24]), eingerechnet

---

ben, der Erbe würde die Objekte jure hereditario behalten haben, weil ihm die hereditas blieb.

[22]) Z. B. c. 11 C. ad leg. Falc. (6. 50.)

[23]) Fr. 91. 93 D. eod., fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1) §. 9 J. de fid. her. (2. 23.)

[24]) Dieß nämlich erkennen auch wir vollkommen an. S. darüber z. B.

werden müſſen? Die Erklärung iſt in der That ſehr einfach. Eingerechnet im eigentlichen Sinne dieſes Wortes wird in die Quart des Fiduciars die certa res vel summa allerdings nicht, eben weil ſich dieſelbe als Vermächtniß herausſtellt, wahrhaft imputirt aber nur dasjenige wird, was der auf die Falcidia Provocirende jure heredis behält, nicht auch dasjenige, was er von Anderen jure legati erhält[25]). Allein man darf nicht überſehen, daß in dem vorliegenden Falle der Fiduciar das Vermächtniß der res certa gerade von Demjenigen erhält, welchem er die Quart abziehen will; der Erbe reſtituirt die hereditas als Univerſal-Vermächtniß, und erhält eben von dem Univerſal-Fideikommiſſar aus der reſtituirten Erbſchaft die res certa als Singular-Vermächtniß zurück, und ſo bringen es die anerkannten Grundſätze über Compenſation gegenſeitiger Vermächtniſſe[26]) ganz von ſelbſt mit ſich, daß er die res nicht supra quartam hat. — Nun beſteht zwar allerdings dem Rechte nach ein großer Unterſchied zwiſchen jenem eigentlichen Imputiren und dieſem Compenſiren, namentlich inſoferne, als erſteres allen denjenigen gegenüber, welche von dem Erben eine der Falcidia unterworfene Präſtation verlangen, zur Anwendung kommt, während ſich letzteres als rein perſönliche Berechnung zwiſchen dem Erben und Demjenigen, von welchem dieſer wiederum ein Vermächtniß zu empfangen hat, darſtellt[26a]). Indeſſen bleibt der Unterſchied dann ohne praktiſche Wichtigkeit, wenn der Erbe, wie in den vorliegenden Fällen, totam hereditatem, und zwar ex Sct. Treb. reſtituirt, mithin nur der

---

v. Vangerow, Leitfaden, Band II, S. 494, Nummer 1; v. Buchholtz, Prälegate S. 501 ff.

[25]) fr. 91 initio D. ad leg. Falc. (35. 2.)

[26]) fr. 22 pr. fr. 94 D. ad leg. Falc. (35. 2.)

[26a]) S. darüber, und überhaupt über den Unterſchied zwiſchen Imputation und Compenſation v. Buchholtz, Prälegate Seite 456, Note 58 ff.

einen Person des Universal-Fideikommissars gegenüber auf die Falcidia provocirt, indem er nur mit diesem, nicht auch mit den etwaigen sonstigen Vermächtnißnehmern zu thun hat. Dieserhalb verschlägt denn hier auch die Ausdrucksweise — ob man nämlich sagt, der Fiduciar habe sich die res in die Quart zu imputiren, oder aber, er habe sich die res bei dem Abzuge der Quart compensando aufzurechnen — in der That selbst sachlich nichts, und so erklärt es sich, daß die Quellen für die Fälle, da der heres ex asse die Erbschaft, der heres partiarius seine Erbportion accepta, deducta u. s. w. certa re vel summa zu restituiren hat, sagen: er percipire das Objekt jure Falcidiae[27]), er retinire dasselbe quartae ratione[27a]), es satisfacire dasselbe der Falcidia[27b]), ja wenn geradezu gesagt wird, dasselbe werde in die Quart imputirt[28]).

---

[27]) fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1.)

[27a]) c. 24 C. fam. erc. (3. 36.) Gerade so muß ja der Fiduciar, wenn er Theilerbe ist, sich die Compensation nöthigenfalls auch noch weiter mit denjenigen Theilen der res praecipienda gefallen lassen, welche er aus den partes der Miterben, an welche er seine Portion restituirt, jure legati zu erhalten hat, wie denn auch c. 24 cit. beides neben einander nennt: „hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit." Daß das Rescript in ersterer Beziehung den Ausdruck retinere, und nur in letzterer Beziehung den Ausdruck compensare gebraucht, erklärt sich einfach daraus, daß der Fiduciar jenen Theil des Prälegats schon im Besitze hat, diese Theile aber zum erstenmale von den coheredes erhalten soll.

[27b]) fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2.)

[28]) fr. 91 D. ad leg. Falc. (35. 2.) — Nicht nur die angeführten Gesetze sagen, daß der Erbe, welcher die Erbschaft, resp. seine Erbportion deducta, praecepta, retenta, accepta re restituirt, die res auf die Quart erhalte, es heißt auch in andern Stellen ausdrücklich, der Testator habe in dieser Absicht die res dem Erben zugewendet (z. B. fr. 90 D. ad leg. Falc. (35. 2), c. 11 C. eod. (6. 50); dieß führt uns auf die Frage nach dem praktischen Zwecke dieser Anordnung. Wir erblicken in derselben das Bestreben, die Unbequemlichkeiten, welche aus der Restitution einer Erbschaft in verschiedener Rücksicht entstehen, möglichst zu beseitigen, ohne den Erben in seinem Rechte auf die Quart zu verletzen. Hätte der Erblasser dem Erben geradezu auferlegt, totam hereditatem

Zieht ſich nun der heres ex re certa die Quart ab, d. h. legt er der res certa noch ſo viel aus der Erbſchaft zu, daß er quartam partem bonorum defuncti hat, ſo kann

---

zu reſtituiren, ohne ihm die Quart frei zu laſſen, ſo würde ſich der Erbe die Quart abgezogen haben, und bei der nunmehr ex Scto Pegas. erfolgten Reſtitution wären die mißlichen stipulationes (hier partis et pro parte wie bei der Realiſirung eines legatum partitionis) nöthig geworden; hätte der Erblaſſer dem Erben aufgegeben, die Erbſchaft retenta parte quarta zu reſtituiren, ſo wäre zwar die Quart gedeckt und das Pegasianum mit ſeinen stipulationes beſeitigt geweſen, allein eine andere Unannehmlichkeit hätte ſich gezeigt, das scindere actiones zwiſchen Fiduciar und Fideikommiſſar. Wenn nun der Erblaſſer die Reſtitution der Erbſchaft accepta, deducta etc. certa re anordnete, ſo wäre freilich wiederum der Mißſtand der stipulationes (hier ad exemplum emtae venditae hereditatis) hervorgetreten, wenn in dieſem Falle ex Pegasiano reſtituirt worden wäre, allein ſeit Aufkommen jenes oben (S. 101 ff.) bewieſenen Satzes, daß, wenn ex voluntate testatoris die ganze Erbſchaft herausgegeben wird, die Reſtitution ex Trebelliano geſchieht, war dieſe Anordnung (die wohl eben darauf hin erſt gangbar wurde und ſich in den Quellen immer nur bei ſolchen Fällen erwähnt findet, in welchen der Univerſalerbe totam hereditatem, der Theilerbe ſeine ganze portio hereditaria reſtituiren ſoll) ein willkommenes Mittel, mit Vermeidung aller stipulationes und des scindere actiones den Erben wegen der Quart zufrieden zu ſtellen, und zugleich die actiones hereditariae in solidum auf den Fideikommiſſar zu übertragen; letzteren Vortheil gibt die Anordnung auch noch im Juſtin. Rechte, denn ſeitdem reſtituirt der die Quart Abziehende zwar ex Treb., allein die actiones werden zwiſchen ihm und dem Fideikommiſſar getheilt.

Dieſelben Geſichtspunkte der voluntas testatoris führen aber auch noch auf etwas Anderes. Es kann ſein, der Teſtator hat nicht angeordnet, der Fiduciar ſolle die Erbſchaft reſtituiren mit Zurückbehaltung gewiſſer Sachen (welchen Sinn bekanntlich nach einem Reſcripte von Hadrian auch die Worte: restituas accepta pecunia haben, wenn dabei nicht ausdrücklich die Perſon des Gebers bezeichnet iſt. Fr. 93 D. ad leg. Falc., fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb.), ſondern er hat beſtimmt, der Fiduciar ſolle die Erbſchaft reſtituiren gegen Empfang einer Sache von dem Fideikommiſſar, z. B. acceptis a Maevio centum, hereditatem Maevio restituas. Fr. 93 D. ad leg. Falc., ſ. auch fr. 30 §. 7 D. eod. und fr. 63 §. 5 D. ad Sct. Treb. (als Gegenſtand erwähnen die Quellen hier immer nur Geld), auch dieß iſt in die Quart einzurechnen, gewiſſermaßen als ein ex voluntate testatoris verſilbertes Stück Erbtheil. Hätte nun etwa der Teſtator

a) nach ſtrengem Rechte dieß keine andere Wirkung haben, als diejenige iſt, welche für die Art und Weiſe ſowie für die Folge der Reſtitution der Erbſchaft im Falle des Quartabzuges überhaupt gilt, was ſich bekanntlich anders nach dem älteren als nach dem Juſtinianeiſchen Rechte geſtaltete. Nach dem Rechte vor Juſtinian wurde hier ex Scto Pegasiano reſtituirt, mit der Wirkung, daß der heres auch praktiſch fortwährend Erbe auf das Ganze blieb, die actiones hereditariae alſo bei ihm verblieben, der Fideikommiſſar bloßer successor singularis wurde, ähnlich dem legatarius partiarius, daher zwiſchen ihm und dem

---

dem Fideikommiſſar ausdrücklich ein Fideikommiß auferlegt zu Gunſten des Fiduciars, ſo müßte es als unter der ſtillſchweigenden Bedingung hinterlaſſen angeſehen werden, daß es ſich der Erbe in die Quart einrechne, thut er es nicht, ſo verliert er den Anſpruch auf das Fideikommiß, und inſofern kann man ſagen, er müſſe es ſich einrechnen, d. h. er bekommt es nicht noch neben der Quart; hätte endlich der Teſtator den Empfang beſtimmter Sachen sub figura conditionis angeordnet, ſo konnte anfangs eine mehr formelle Auffaſſung ſich dahin entſcheiden, daß ein ſolches conditionis implendae causa datum nicht in die Quart einzurechnen ſei (Marcianus in fr. 30 §. 7 D. ad leg. Falc., was aber, beiläufig geſagt, gerade beweiſt, daß das Römiſche Recht wirklich nichts anderes in die ſog. quarta Trebell. einrechnen will, als das, was auch in die Falcidia einzurechnen iſt), eine tiefere Einſicht in die voluntas testatoris mußte aber hier ſo entſcheiden: iſt die Bedingung nicht ausdrücklich auf etwas anderes und beſonderes geſtellt, ſo iſt ſie nicht in dem allgemeinen Sinne zu verſtehen, der Fiduciar ſolle es erhalten, wenn er überhaupt reſtituirt, ſondern: wenn er ohne Abzug der Quart, alſo wenn er voll reſtituirt; und von dieſem Geſichtspunkte aus iſt auch ein conditionis implendae causa datum einzurechnen, d. h. man verliert es, wenn man ſich dennoch die Quart abzieht. Iſt das bisher Angedeutete gegründet, ſo verliert das bekannte fr. 91 D. ad leg. Falc. alle Schwierigkeit, und Satz für Satz in ihm iſt richtig, beſonders kann ich die Worte: „sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur“ für kein unächtes Gloſſem halten, wohl aber möchte mich der ſonſt nicht gebräuchliche Ausdruck: impl. cond. causa fideicommissum auf die Vermuthung führen, daß dieſe Worte durch Mißverſtändniß aus vielleicht folgender handſchriftlichen Abkürzung entſtanden ſeien: sed et quod implendae conditionis caus. a fideicommiss. heredi datur, alſo wohl eigentlich lauteten impl. cond. causa a fideicommissario heredi datur.

Erben ähnliche stipulationes partis et pro parte de lucro et damno communicando interponirt wurden, wie zwiſchen dem heres und dem legatarius partiarius [29]). Damals alſo reſtituirte der Erbe wirklich nur „das Uebrige", oder, wie Ulpian [30]) für das hier anwendbare legatum partitionis ſagt, universarum rerum summam, d. h. drei Viertheile der materiellen Beſtandtheile der Erbſchaft, nicht drei Viertheile der hereditas, aber gerade darum gingen Forderungen und Schulden überhaupt nicht über, ſondern blieben mit der hereditas bei dem Erben, gerade darum ferner behielt damals der Erbe die res certa (die hier gar nicht mit zu dem Reſtitutionsobjekt gehörte) fortwährend nicht blos ex hereditate, ſondern zugleich jure hereditario, der Anſpruch auf dieſelbe realiſirte ſich hier überhaupt nicht als Vermächtniß. — Seit Juſtinian [31]) dagegen wird auch hier ex Sctο Trebelliano reſtituirt, der Fideikommiſſar wird zu drei Viertheilen Erbe (heredis loco), der Fiduciar bleibt auch in der praktiſchen Behandlung zu einem Viertheil Erbe, nach dieſen Raten gelten beide als coheredes, nach dieſen Raten ſind die actiones hereditariae zwiſchen ihnen getheilt. Dieß hat denn auch Einfluß auf die Art, in welcher ſich das rechtliche Verhältniß des heres zu der res certa geſtaltet; es iſt hier (was für die bisherigen Fälle nicht gilt) ein Unterſchied, ob die res certa in einer Summe Geldes oder in etwas Anderem, in einem beſtimmten Erbſchaftsobjekte, beſteht; in letzterem Falle bringt es jenes Miterbenverhältniß zwiſchen Fiduciar und Fideikommiſſar mit ſich, daß die res certa, weil ſie in media hereditate liegt, als Präfideikommiß behandelt wird, in erſterem Falle dagegen retinirt der Fiduciar das Geld ausſchließlich von ſeiner eigenen, ihm blei-

---

[29]) Gaj. II, §. 257. — Ulp. XXV, §. 15. — §. 6 J. de fid. her. (2, 23.)

[30]) Ulp. Fragm. XXIV, §. 25.

[31]) §. 7 J. de fid. her. (2, 23.)

bende Erbportion [32]), das Geld realiſirt ſich alſo hier weder als Vorvermächtniß noch überhaupt als Vermächtniß [33]), es iſt verſilberte Erbportion des Fiduciars.

b) So nach ſtrengem Rechte; indeſſen beſtand ſchon unter der Herrſchaft des Sct. Pegasianum eine mildere und zugleich praktiſch bequemere Auffaſſung der Art, in welcher ſich die Vervollſtändigung der Quart hier bewerkſtelligen ließ. In fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (36, 1) referirt Ulpian eine ganz eigenthümliche Entſcheidung Julian's [34]); der Erbe war gebeten worden, die Erbſchaft praecepto fundo zu reſtituiren, der fundus war verpfändet; Ulpian ſagt, die Reſtitution geſchehe ex Scto Trebelliano (was nichts als Anwendung der oben S. 101—103 von uns erörterten Neuerung des Juriſtenrechts bezüglich der Beſtimmungen des Sct. Pegasianum iſt), der Erbe aber könne von dem Fideikommiſſar Caution verlangen für den Fall, daß der Pfandgläubiger den fundus evincire; Julian dagegen meine, dieſe

---

[32]) Fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb.; v. Buchholtz, Prälegate S. 258 ff.

[33]) Ich kann daher nicht beiſtimmen, wenn v. Buchholtz a. a. O. S. 262, Note 83, ſagt, die Regel a semetipso legatum dari non potest leide hier eine, und zwar, wie es ſcheine, durch keine Nothwendigkeit gebotene Ausnahme, indem dieſer Fall der accepta pecunia auch als eine ad implendam conditionem data mortis causa capio hätte angeſehen werden können. — Uebrigens werde ich auf das Obige im dritten Abſchnitte genauer zurückkommen, da wir es hier zunächſt blos mit einer vorübergehenden Anwendung der Sätze zu thun haben, welche da eintreten, wo ſchon nach der Anordnung des Teſtators der Fiduciar ein bloßer Miterbe iſt.

[34]) Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem, nec multum facit, si fundus pignori datus est; neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Julianus autem cavendum non putat, sed aestimandum, quanti valet sine hac cautione, hoc est, quanti vendere potest sine cautione; et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones, si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri; quae sententia multas quaestiones dirimit.

Caution ſei unnöthig, es ſolle vielmehr der fundus geſchätzt werden, wie viel er ohne ſolche Caution, alſo mit der darauf haftenden Schuld werth ſei, gewähre er nach dieſer Schätzung vollſtändig die Quart, dann ſei ex Trebelliano zu reſtituiren, ſei aber die Quart nicht erſchöpft, dann ſolle der Erbe das noch Fehlende ebenfalls zurückbehalten, die Reſtitution aber ſei dabei similiter ex Trebelliano vorzunehmen, quae sententia, ſagt Ulpian, multas quaestiones dirimit. Während Viele [35]) das Auffallende, daß hiernach ſchon im vorjuſtinianeiſchen Rechte der Fiduciar, obwohl er die Quart abziehe, nicht ex Scto Pegasiano, ſondern ex Trebelliano reſtituire, dadurch beſeitigen wollen, daß ſie die Worte similiter ex Trebelliano für einen Tribonianismus erklären, der an die Stelle der wohl urſprünglichen Worte „ex Pegasiano“ getreten ſei, während ferner Andere [36]) die Entſcheidung Julian's als etwas beſonderes auf den vorliegenden Fall beſchränken wollen, ſtellt van der Pfordten [37]) die Anſicht auf, aus dieſer Entſcheidung erhelle ein allgemeiner, auf einer benigna interpretatio beruhender, Geſichtspunkt, der dahin gehe: wenn dem Fiduciar aufgegeben ſei, die Erbſchaft zu reſtituiren mit Zurückbehaltung gewiſſer Sachen, dieſe aber die Quart nicht erſchöpften, ſo dürfe das Fehlende ergänzt und dennoch ex Scto Trebelliano reſtituirt werden, dieß darum, weil anzunehmen ſei, der Teſtator habe die res certa dem Erben in der Abſicht zugewendet, um ihn wegen der Quart zufrieden zu ſtellen, und nur aus Irrthum eine Sache von zu geringem Werthe ausgeſetzt. Dieſer Anſicht ſtimme ich vollſtändig bei, ſie wird noch beſtärkt durch den oben S. 109, Note 28, von mir hervorgehobenen, praktiſchen Zweck, welcher beſonders vor, zum Theile aber auch noch unter Juſtinian der ganzen Verfügung „restituas hereditatem accepta,

---

[35]) S. z. B. Pothier, Pandectae XXXVI 1, Num. LXI.

[36]) Roßhirt, Vermächtniſſe, Band I, S. 194, 195.

[37]) Van der Pfordten, diss. de praelegatis p. 94.

deducta etc. certa re vel summa" zu Grunde lag. Einen Tribonianismus dürften wir höchstens dann annehmen, wenn jede andere Erklärung fehlen sollte, und zu einer Beschränkung der Entscheidung Julian's auf den vorliegenden Fall bietet sich uns in demselben durchaus keine, gerade diese Entscheidung rechtfertigende Besonderheit dar, wenn man auch ganz davon absehen will, daß selbst bei der allergrößten Besonderheit wohl kein Römischer Jurist gewagt hätte, neben wirklichem Abzug der Quart zugleich die Restitution ex Trebelliano zu gestatten. Bedenkt man dagegen, wie mißliebig den Römischen Juristen die bei Anwendung des Sct. Pegasianum nöthig werdenden gegenseitigen Stipulationen waren, wie aus diesem Grunde, aber mit möglichster Schonung der Absicht dieses Senatusconsults, die Anwendbarkeit des Trebellianum da gestattet wurde, wo ex voluntate testatoris die ganze Erbschaft zu restituiren war, wie eben darauf hin weiter die Anordnung, der Erbe solle sich bei Restitution der Erbschaft bestimmte Sachen zurückbehalten, aufkam, und wie dieselbe ganz ihrem Zwecke gemäß (Vermeidung des Quartabzugs und seiner Folgen) behandelt wurde, so ist es sehr erklärlich, in welcher Verlegenheit man sich befand, wenn zufällig die von dem Erblasser bezeichnete certa res dem Werthe der Quart nicht entsprach, und nun alle jene durch prudentum interpretatio eingeführten Wege umsonst waren; hier war denn jene sententia Juliani nicht nur ganz geeignet, die multas quaestiones zu lösen, sie war auch eine völlig berechtigte, sie besteht nicht darin, daß neben der Restitution ex Trebelliano die quarta Falcidia abgezogen werden darf, sondern daß der Erbe das ihm zugewendete Vermächtniß in dem Werthe zurückbehält, in welchem es der Testator, obwohl irrig berechnet, doch wirklich gemeint hat. Die sententia Juliani gilt also nicht ausschließlich für den von Ulpian angegebenen speciellen Fall, sie gilt überall da, wo der Erbe die Erbschaft mit Zurückbehalten bestimmter Sachen restituiren soll. Allein läßt sie sich auch anwenden auf die uns hier vorliegenden Fälle

der institutio ex re certa? Ich glaube, dieſe Frage bejahen zu müſſen; wir ſahen, daß dieſe Einſetzung, wenn erſichtlich iſt, zu weſſen Gunſten der heres auf die Sache beſchränkt ſein ſoll, im Allgemeinen ganz dieſelbe juriſtiſche Behandlung erhält, wie jene Anordnung, und es iſt kein Grund vorhanden, warum dieß nicht auch in der fraglichen Beziehung der Fall ſein ſoll, beſonders wenn man bedenkt, wie viele mißliebige quaestiones dadurch auch hier vermieden werden. Ueberdieß ſcheint auf dieſe Gleichſtellung nicht undeutlich hinzuweiſen jene Entſcheidung von Severus und Antoninus in den Worten ut contentus rebus sibi datis, aut supplela quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his etc., es iſt nicht nothwendig das „ex lege Falcidia“ von einem förmlichen Provociren auf die lex Falcidia zu verſtehen, es kann auch den allgemeineren Sinn haben, der Erbe ſolle ſich ſoviel zulegen, als er durch die lex Falcidia haben würde, zugleich aber den Rechtsbegriff der hereditas (alſo ex Trebelliano) reſtituiren; es wären dann jene Worte nichts als eine Anwendung jener sententia Juliani. — Nur allein da, wo der Teſtator zugleich ausdrücklich verboten hat, daß der Erbe mehr als die res certa bekommen ſolle, würde ein wirkliches Provociren auf den Quartabzug, und ſomit auch das Eintreten der Wirkungen des Quartabzugs nöthig geworden ſein.

2) Alles Bisherige war indeſſen nur vom Standpunkte des in der Compilation enthaltenen Rechts aus geſagt, und beruhte darauf, daß damals der Erbe in der Regel ein Recht auf die Quart hatte, welches ihm von dem Teſtator weder direkt noch indirekt entzogen werden konnte [38]). Nun verwandelt aber Juſtinian die lex Falcidia aus einem Prohibitivgeſetze in ein Permiſſivgeſetz, indem er in Nov. 1 cap. 2 §. 2 dem Erblaſſer die Befugniß gibt, den Erben von der Quart auszuſchließen. Es

[38]) S. z. B. für den Fall, wenn der Erbe mit gewiſſen Sachen contentus ſein ſoll, fr. 27 D. ad leg. Falc. (35, 2.)

fragt ſich daher, welchen Einfluß hat dieß auf die bisher dargeſtellte Geſtaltung unſerer institutio ex re certa? Alles kommt hier darauf an, wie man Juſtinian's Worte [39]) verſteht. Bekanntlich verlangt die gemeine Meinung die ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers, daß er den Abzug der Quart verbiete. Marezoll [40]) dagegen hält es für genügend, wenn aus den klaren und deutlichen Worten des Teſtirers erhellt, daß er nicht über den Beſtand ſeines disponiblen Vermögens irrt, ſondern unzweideutig die Abſicht hat, daß der Erbe nicht bloß drei Viertheile herausgeben ſolle, während v. Vangerow [41]) die Mittelmeinung hat, es müſſe aus der Dispoſition mit Sicherheit hervorgehen, daß der Teſtator mit Abſicht und Bewußtſein der lex Falcidia habe derogiren wollen, daß er alſo namentlich der geſetzlichen Möglichkeit des Abzugs der Quart ſich bewußt geweſen ſei, aber die beſtimmte Abſicht gehabt habe, denſelben auszuſchließen. Obwohl es nun in Juſtinian's Verordnungen nicht an Beiſpielen fehlt, daß zum Eintritte gewiſſer rechtlichen Wirkungen eine ausdrückliche auf ſie gerichtete Erklärung gefordert wird [42]), muß ich doch im Ganzen der Anſicht von Marezoll beiſtimmen; für ſie ſpricht nämlich theils der von ihm hervorgehobene Zuſammenhang des Vorderſatzes haec vero — designationis mit dem eigentlich dispoſitiven Nachſatze, denn es läßt ſich nicht ſagen, der Erblaſſer habe ſich überall da geirrt, wo er jenes Verbot nicht ausdrücklich beigefügt hat, ſein Irrthum iſt vielmehr nur dann

---

[39]) Nachdem er dem Erben, der ein gehöriges Inventar errichtet, den Abzug der Quart zugeſichert hat, ſagt er: haec autem dicimus, ubi errans testator de sua substantia hoc egit, aut forte, cum debuisset etiam ampliorem quantitatem heredi relinquere, pro minore disposuit; etenim etiam hoc errantis sententia est, et non purae et integrae designationis. Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est, testatoris valere sententiam.

[40]) In v. Löhr's Magazin, Bd. IV, S. 355 ff.

[41]) Leitfaden, Bd. II, S. 504.

[42]) Z. B. c. 8. C. de novat. et deleg. (8, 42.) Nov. 4. c. 1. Nov. 99 c. 1.

anzunehmen, wenn kein deutlicher positiver Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß er wollte, der Erbe solle nicht mehr erhalten und behalten als ihm die Verfügung zuweist, theils ferner bedeuten die Worte : si vero expressim u. s. w. nicht nothwendig ein ausdrückliches, auf die Falcidia gerichtetes Verbot, sondern eben nur die Unzweideutigkeit jenes Anhaltspunktes, auch enthält eine spätere Novelle [43]) wirklich einen Fall des bloß stillschweigenden Verbotes. Zu diesen schon von Marezoll selbst geltend gemachten Gründen kommt aber noch hinzu, daß es Verfügungen gibt, bei welchen unzweifelhaft ist, daß der Erblasser den Erben auf ein bestimmtes Quantum beschränken wollte, aber ohne daß der Testator dabei auch nur daran dachte, an seine Verfügung könne der Maasstab der lex Falcidia gelegt werden, dieß nämlich bei denjenigen Verfügungen, die erst durch rein juristische Construktion ihre eigentliche Gestalt erhalten, wie eben bei unserer institutio ex re certa. Die gemeine Meinung muß hier anerkennen, daß der Fall gar nicht in die Sphäre von Justinian's Disposition paßt, muß also, trotz der unzweifelhaft entgegenstehenden voluntas testatoris, dem heres ex re certa fortwährend das Ergänzungsrecht gestatten, ebenso die Bangerow'sche Ansicht wenigstens dann, wenn nicht der Erblasser das ausdrückliche Verbot beigefügt hat, der heres solle nicht mehr bekommen, dagegen nach der Marezoll'schen Ansicht läßt sich auch unser Fall wirklich unter Justinian's Vorschrift subsummiren. Hienach ist nun, wie ich glaube, der Einfluß der Justinianeischen Neuerung auf unsere institutio ex re certa der folgende : es ist zu unterscheiden, ob dieselbe direkt als Einsetzung auf res certae, oder aber ob sie als Ausschluß von res certae angeordnet ist.

---

[43]) Nov. 119 c. 11. Dasselbe läßt sich nicht mit Marezoll a. a. O. S. 361, Note 1 von Nov. 39 sagen, denn diese setzt nur voraus, daß wenn die Instituirten keine Pflichttheilsberechtigte sind, der Testator, wenn er will, die Quart entziehen darf.

In dem erſteren Fall iſt ſeit Nov. 1 cap. 2 §. 2 in der That das Ergänzungsrecht des heres ex re certa weggefallen, und zwar dieß nicht blos, wenn der Erblaſſer der Einſetzung das ausdrückliche Verbot des Mehrbekommens beigefügt hat, ſoferne man nur Folgendes bedenkt: der gewöhnliche Fall einer Ueberſchwerung iſt der, daß dem gehörig eingeſetzten Erben nicht geſagt iſt, wieviel er behalten ſoll, ſondern nur geſagt iſt, was Andere (als Vermächtniß) bekommen, was alſo dem Erben entzogen ſein ſoll, ſodaß erſt aus einer Rechnung hervorgeht, wieviel nun hiernach demſelben bleibt, und hierbei kann ſich der Teſtator über ſeinen Vermögensbeſtand oder ſonſtwie leicht geirrt haben; ganz anders iſt es, wenn der Erblaſſer direkt ſagt, wieviel der Erbe bekommen ſoll, wenn er ihn ſogar auf beſtimmte Sachen einſetzt, hier iſt nicht nur kein Irrthum möglich, es liegt ſogar gewiſſermaßen eine größere Berechtigung zur Beſchränkung vor; kann ſich doch auch ein Theilerbe, wenn er auf eine nur ganz kleine Quote inſtituirt iſt, nicht ex lege Falcidia darüber beſchweren! Nun iſt nach der (freilich unjuriſtiſchen) Abſicht des Erblaſſers in unſerem Falle die res certa nichts anderes als der Erbtheil des heres, dieſen darf er eben ſo klein geſtalten, wie einen wirklichen Erbtheil, eine Quote. Daß unſer heres dennoch auf das Ganze gerufen iſt, dieß iſt lediglich juriſtiſche Conſtruktion, nicht voluntas testatoris, dem Teſtator konnte darum auch nicht einfallen, eine Vergleichung zwiſchen der Größe der res certa und der ſeines ganzen Vermögens anzuſtellen; wenn er nun auch hiernach keine Veranlaſſung hatte, an die Möglichkeit eines Quartabzugs zu denken, und denſelben zu verbieten, ſo liegt doch nichts deſto weniger die beſtimmte Abſicht vor, dem Erben nur dieſe Sache zuwenden zu wollen. Daß vor Juſtinian der heres von dem Gerufenſein zum universum jus für Berechnung des Werths der res certa einen praktiſchen Gebrauch machen durfte, dieß war eben nur natürliche Folge davon, daß damals der Erblaſſer den Erben nicht ſo beſchränken konnte, daß

ihm die Quart verletzt wurde. — Anders möchte sich dagegen die Sache da gestalten, wo der Erbe von bestimmten Sachen ausgeschlossen ist zu Gunsten eines Dritten, es möchten hier die gewöhnlichen Grundsätze der Vermächtnisse in der fraglichen Beziehung gelten, und der bloße Ausschluß von der Sache ebensowenig als die bloße Auferlegung eines beschwerenden Vermächtnisses ein Verbot des Abzugs der Quart enthalten.

Das aber versteht sich von selbst, daß der heres ex re certa institutus, wenn er zugleich Pflichttheilsberechtigter des Testators ist, in keinem der beiden, soeben bezüglich des Verbotes des Quartabzugs unterschiedenen Fälle unter der Beschränkung auf die Sache — soferne diese Beschränkung nach dem Bisherigen überhaupt aufrecht erhalten wird — zu leiden hat, wenn dieselbe (mit Einschluß dessen, was er sich vielleicht in concreto noch außerdem nach den dafür geltenden Grundsätzen einzurechnen hat) seinen Pflichttheil verletzt. Liegt nun wirklich eine Verletzung vor, so besteht dieselbe, wenn man nur an der Art und Weise der juristischen Construktion unserer institutio ex re certa festhält, nicht sowohl darin, daß der Erbe auf zu wenig eingesetzt ist, als vielmehr darin, daß ihm, der zwar gerufen ist auf das Ganze, allzugroße Vermächtnisse, also gravamina, auferlegt sind. Daraus muß sich denn auch im Allgemeinen ergeben, auf welchem Wege der Verletzung abzuhelfen ist. In dem Rechte vor Justinian, solange gravamina noch nicht bis zum Belaufe der Verletzung geradezu ungültig waren, und zugleich der Pflichttheil die Größe der Falcidia hatte, bestand die einfache Abhülfe im Fragefall darin, daß sich der Erbe durch Abzug der quarta Falcidia den Pflichttheil frei machte [44]). Dieß nicht nur in dem Falle, wenn die institutio ex re certa angeordnet war als Ausschluß von bestimmten Sachen, sondern auch wenn sie direkt als Einsetzung auf eine res certa vorlag, doch war in dem letzteren Falle gewiß

[44]) Arg. fr. 8 §. 11 D. de inoff. test. (5, 2.)

auch in dieſer Rückſicht mit Vermeidung förmlichen Provocirens auf die Quart und der mißlichen Folgen des Sct. Pegasianum die von Ulpian in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. angegebene sententia Juliani (ſ. oben S. 113—115) anwendbar. Seit Juſtinian's Aenderungen in der Lehre von dem Pflichttheilsrechte dagegen iſt die Behandlung der Ausſchließung von res certae von der der direkten Einſetzung auf res certae zu unterſcheiden. In dem erſteren Falle leidet ohne Anſtand die Beſtimmung Juſtinian's, daß gravamina als nicht beigefügt gelten [43]), volle Anwendung; der Erbe zieht dem Objekte des Singular-Vermächtniſſes ſoviel ab, als zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig iſt. Anders wenn er direkt eingeſetzt iſt auf res certae, das Objekt der Reſtitution iſt hier der Rechtsbegriff der hereditas, dieſer kann nicht als ſoweit verkürzt gelten, als er den Pflichttheil, welcher eine pars bonorum iſt, verletzt, die hereditas wird vielmehr auch hier vollſtändig reſtituirt, dagegen behält der Erbe bei der Baarreſtitution der Erbſchaftsſachen an den Univerſal-Fideikommiſſar außer der res certa noch ſoviel zurück, daß dadurch der Pflichttheil gedeckt wird; dieß auf die Anwendung der c. 30 C. de inoff. test. hin; es iſt anzuſehen, als ſei ihm die res certa als Legat zugewieſen, welches aber die Größe des Pflichttheils nicht erreicht, er fordert nun von dem Erben, d. h. hier von dem Univerſal-Fideikommiſſar, welcher restituta hereditate heredis loco geworden iſt, die Ergänzung, nimmt dieſe jedoch der Kürze halber durch Retention ſelbſt vor, und nur wenn der Fideikommiſſar bereits in dem Beſitze der Erbſchaftsſachen ſein ſollte, ſtellt der Fiduciar gegen denſelben eine Klage auf ergänzende Rückzahlung, die actio suppletoria, an.

In ähnlicher Weiſe beſtimmt denn auch Juſtinian ſelbſt in Nov. 115 cap. 5 pr., daß, wenn ein Pflichttheilsberechtigter neben andern Perſonen zu Erben eingeſetzt, ihm aber aufgegeben

---

[43]) c. 32 C. de inoff. test. (3, 28.)

iſt, mit beſtimmten Sachen zufrieden zu ſein, die Miterben demſelben das an dem Pflichttheile Fehlende nach den deßfallſigen anderweiten Geſetzen Juſtinian's ergänzen ſollen. Indeſſen wollen wir auf dieſe Beſtimmung hier noch kein Gewicht legen, da ſie mit einem anderen Falle der institutio ex re certa zuſammenhängt, deſſen Behandlung uns bis jetzt noch fremd iſt.

Die Erörterung des Falles, wenn der Teſtator ſich nur einen einzigen Erben ernannt, denſelben aber auf eine res certa inſtituirt hat, iſt nunmehr beendigt. Das Reſultat iſt alſo das folgende: es wird dieſe an ſich ungültige Verfügung dennoch aufrecht erhalten, und zwar als Erbeseinſetzung; der Grund der Aufrechterhaltung iſt die dem römiſchen Leben eigenthümliche hohe und allgemein gekannte Bedeutung eines heres; es geſchah die Aufrechthaltung durch Juriſtenrecht, und zwar wohl ſchon vor Aquilius Gallus. Folge der Aufrechterhaltung iſt: gerufen iſt der Inſtituirte wie jeder andere einzige Erbe zu dem universum jus defuncti, in dieſer Beziehung wird jedesmal die rei mentio betrahirt. In Gefolge davon bekam und behielt auch urſprünglich der Inſtituirte das geſammte Vermögen, allein in dieſer Rückſicht iſt ſeit neuerem Rechte auf den Grund der erſtarkten Fideikommißtheorie, insbeſondere der Grundſätze über ſog. ſtillſchweigende Fideikommiſſe, die wichtige Aenderung eingetreten, daß wenn aus einer Willenserklärung des Erblaſſers ein Dritter erhellt, zu deſſen Gunſten der Inſtituirte auf die res certa beſchränkt ſein ſoll, hinſichtlich des Bekommens die rei mentio fortwährend beachtet wird; die res certae gelten hier als verba fideicommissaria, welche der heredis institutio inſerirt ſind, und es führt dieß eine verſchiedene Behandlung herbei, je nachdem die institutio ex re certa angeordnet iſt als Einſetzung mit Ausſchluß von beſtimmten Sachen, oder aber direkt als Einſetzung auf beſtimmte Sachen. Der erſtere

Fall gestaltet sich hiernach so, als wäre dem gehörig (ex asse) eingesetzten Erben auferlegt, die res excepta an jenen Dritten als Singular-Fideikommiß zu restituiren, dagegen der zweite Fall gestaltet sich so, wie wenn dem gehörig (sine rei mentione) eingesetzten Erben gesagt wäre, er solle contentus certa re sein, oder, was dasselbe ist, er solle die Erbschaft an jenen Dritten restituiren accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa; einerseits wird also hier die dem Erben detracta re geschaffene hereditas Objekt eines Universal-Fideikommisses zu Gunsten jenes Dritten, andererseits aber behält der Erbe die res certa wie ein ihm aus der Erbschaft zurückgelassenes Singular-Vermächtniß, welches er wohl vor Justinian, allein nicht mehr nach Nov. 1 cap. 2 §. 2 bis zum Belaufe der Quart ergänzen darf. Und so sehen wir in diesem zweiten und Hauptfalle unserer institutio ex re certa das Wunder der Fideikommißtheorie: der Erbe gilt als Vermächtnißnehmer, der Vermächtnißnehmer gilt als Erbe, d. h. die endliche Gestaltung der Sache für den heres ex re certa institutus ist hier die, daß er, unter Beibehaltung des Erbentitels, jedoch in keiner Weise mehr praktisch als Erbe behandelt, aus dem ganzen Verhältnisse wie ein reiner Legatar heraustritt.

Zweiter Abſchnitt.

Der Fall, wenn mehrere Erben, und zwar alle auf res certae, eingeſetzt ſind.

---

§. 8.

Allgemeine Bemerkungen. Vorläufige Angabe des Hauptinhaltes von fr. 35 D. de hered. inst. (28, 5.)

Die Beſtimmung des Erben als eines successor in universum jus defuncti wird, wie wir oben (S. 7 ff.) ſahen, dadurch nicht verändert, daß Mehrere zugleich zur Erbſchaft berufen ſind; es entſtehen zwar allerdings jetzt Theile, allein dieſelben ſind nicht qualitativ ſondern nur quantitativ verſchieden von dem Ganzen, es ſind Bruchtheile des Rechtsbegriffes der hereditas, partes hereditariae, welche ſich gleichmäßig über jede einzelne res hereditaria erſtrecken. Ernennt ſich daher ein Teſtator mehrere Erben, ſo hat er dieſelben, wie ebenfalls bereits oben (S. 11. 12.) gezeigt wurde, entweder unbeſtimmt, d. h. ohne weitere Bezeichnung des Gegenſtandes zu inſtituiren, wo dann dieſe heredes sine partibus scripti in der Regel (ſoferne nicht conjuncti unter ihnen ſind) ſämmtlich zu gleichen Theilen, aequaliter, gerufen ſind, oder aber, wenn er ihnen ausdrücklich Theile, von gleicher oder von verſchiedener Größe, zuweiſen will, hat er dieſelben, als heredes ex certis partibus s. unciis scripti, doch immer nur auf partes hereditariae einzuſetzen.

Allein auch bei Ernennung von Miterben kann es vorkommen, daß ein Teſtator mit Verſtoß gegen die ſoeben genannten Principien institutiones ex re certa anordnet, ſei es, daß er nur Einen oder Einige der Miterben, oder ſei es, daß er ſie ſämmtlich auf res certae einſetzt. Die Erörterung des erſteren dieſer Fälle wird den Gegenſtand des dritten Abſchnittes bilden, den zweiten Fall dagegen haben wir hier zu beſprechen. Es läßt ſich dieſer Fall in der allerverſchiedenartigſten Weiſe denken; es kann ſein, der Teſtator hat jeden der Miterben auf eine beſondere res certa inſtituirt (den A auf einen Garten, den B auf ein Haus), oder aber Mehrere zuſammen auf die eine, einen Dritten auf eine andere res (den A und B auf das Landgut, den C auf 1000 fl.), oder er hat die Miterben auf Theile ein und derſelben res, oder auch jeden der Miterben auf einen Theil einer beſonderen res inſtituirt (den A auf $^1/_3$ des fundus Cornelianus, den B auf $^2/_3$ deſſelben fundus; den A auf die Hälfte des Hauſes, den B auf $^1/_3$ des Gartens); es können ferner die res certae ſowohl einzelne Sachen als auch Complexe von Sachen ſein (z. B. der A iſt inſtituirt auf das bewegliche, der B auf das unbewegliche Vermögen), denn wir wiſſen, materielle Vermögensbeſtandtheile auch von dem allergrößten Umfange ſind doch niemals partes hereditariae, ſie bleiben res hereditariae. Es kann endlich ſein, daß die von dem Teſtator genannten res certae ſein ganzes Vermögen erſchöpfen, oder aber daß noch ein nicht ausdrücklich zugewieſener Reſt übrig bleibt.

Wir finden nun den in dem vorliegenden Abſchnitte zu beſprechenden Fall, wenn alſo der Teſtator ſämmtliche Miterben auf res certae eingeſetzt hat, in den Quellen viel häufiger erwähnt und ausführlicher behandelt als die beiden andern möglichen Fälle einer institutio ex re certa. Es erklärt ſich dieß wohl daraus, daß dieſer Fall, Einſetzungen auf beſtimmte Sachen einmal zugegeben, in der That der natürlichſte iſt, wenn man nur bedenkt, daß er meiſt ſo vorkommen wird, daß der Teſtator in

den res certae sein ganzes Vermögen erschöpft; er hat bei solcher Anordnung mehr an das praktische des endlichen Effekts der Zuwendung gedacht, d. h. er hat nicht nur ausdrücken wollen, welche Personen ihn beerben sollen, sondern zugleich, freilich in unjuristischer Weise, was jeder der Erben bekommen, wie sein Vermögen unter ihnen vertheilt sein solle.

Gerade weil dieser Fall in den Quellen am klarsten entschieden ist, wird er auch von den Juristen von jeher im Allgemeinen am richtigsten aufgefaßt, denn bezüglich des in dem vorigen Abschnitte besprochenen Falles ist zwar der Grundsatz allgemein anerkannt, daß der detracta re auf das Ganze gerufene Erbe in der Regel auch Alles bekommen wird, dagegen die dennoch ausnahmsweise mögliche Aufrechterhaltung der Beschränkung auf die res certa wurde entweder gänzlich übersehen, oder doch nicht unter die richtigen Gesichtspunkte gebracht; und was die Anordnung einer institutio ex re certa neben anderweit eingesetzten Erben betrifft (dritter Abschnitt), so bestehen, wie wir sehen werden, selbst über die grundsätzliche Behandlung derselben die verschiedensten Ansichten. Indessen bleibt selbst in dem gegenwärtig uns vorliegenden Falle im Einzelnen noch gar manches zu erläutern und festzustellen.

Bevor wir nun mit der genauen Angabe des Grundsatzes beginnen, welcher für die juristische Behandlung des Falles gilt, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, scheint es angemessen, vorerst eine ausführliche, einen dieser Fälle besprechende, Pandektenstelle ihrem hauptsächlicheren Inhalte nach vor Augen zu führen, es ist dieß das fr. 35 D. de hered. inst. (28, 5), entnommen aus Ulpian's lib. 4 Disputationum. Allerdings zwar ist es nicht unsere Absicht, die einzelnen in dieser Stelle enthaltenen Sätze gleich hier genauer zu erörtern, es kann dieß erst unten an den einschlägigen Orten geschehen, allein diese allgemeinere Voranschickung gibt uns den Vortheil, daß wir diese wichtige Stelle vorerst in ihrem ganzen Zusammenhange kennen lernen,

und hierdurch zugleich vorläufig ein Gesammtbild dessen erhalten, was demnächst als regelmäßiger Grundsatz für die Behandlung der uns vorliegenden Fälle genauer anzugeben sein wird.

Diese Pandektenstelle nun hat eigentlich nicht zum Zwecke, die Gesammtauffassung des Falles, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, darzulegen, sie beabsichtigt vielmehr nur die Entscheidung einer speciellen Frage, welche unter Voraussetzung der Gültigkeit solcher Anordnungen aufgeworfen wurde, allein bei dieser Gelegenheit verbreitet sich Ulpian, ehe er die eigentliche Entscheidung gibt, zunächst allgemein und ausführlich über die Frage, wie eine solche Anordnung rechtlich überhaupt aufzufassen sei, sodaß wir annehmen dürfen, daß gerade mit Rücksicht auf diesen allgemeiner belehrenden Inhalt die Stelle von den Compilatoren in die Pandekten aufgenommen worden ist.

Es wurde der Fall vorgelegt (ex facto proponebatur), sagt Ulpian im princ. des genannten fr. 35 D. de her. inst., ein Testator hatte zwei Erben ernannt, den Einen auf sein Vermögen in der Provinz (res provinciales), den Andern auf sein Vermögen in Italien (res Italicae); der Erblasser, gewohnt Waaren nach Italien anzuschaffen, hatte von da Geld in die Provinz zur Anschaffung von Waaren geschickt. Diese wurden nun, bei Lebzeiten oder auch nach dem Tode des Erblassers, zwar angeschafft, aber noch nicht nach Italien hinüber geliefert. Nun entstand die Frage, ob die Waaren dem auf das Vermögen in Italien oder aber dem auf das Vermögen in der Provinz eingesetzten Erben gehören? Vor Beantwortung dieser Specialfrage äußert sich nun zunächst Ulpian, von dem vorgetragenen Falle überhaupt absehend, in dem princ. der Stelle also:

> Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem: sed ita, ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua

heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur : verbi gratia, pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem; erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, veruntamen officio judicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur. §. 1. Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat; et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti. Et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi [1]) praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones. Quodsi sit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas.

Ganz dieſen Grundſätzen entſprechend entſcheidet unmittelbar nach dieſen Worten in §. 2 Ulpian die Stellung der beiden in

---

[1]) Die Lesart officio judicis recidit gibt kein paſſendes Subjekt zu recidit, wenn man nicht gezwungener Weiſe ſuppliren will das vorhergehende Wort : Falcidia. Die vulgata lieſt : officium judicis recidet, dadurch wird zwar jener Anſtand gehoben, allein das Subſtantiv officium judicis iſt ungewöhnlich. Darum, und weil auch in den vorhergehenden Sätzen der Stelle Infinitive gebraucht ſind, ſtimme ich mit v. Buchholtz Prälegate S. 13, Note 57, dem Vorſchlage von Schulting, Notae ad Dig. ed. Smallenburg ad h. l. bei, zu leſen : officio judicis recidi.

dem obigen zur Entſcheidung vorgelegten Falle eingeſetzten Erben dahin :

> Quum haec ita sint, haec etiam institutio, de qua quaeritur, non est repellenda, si alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum heres fuerit scriptus, officioque judicis attribuentur singulis res, quae adscriptae sunt; erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Quae res facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit, in Italicis forte, quam in provincialibus, in aliis minus, et aeris alieni ratio urgeat, dici, imminutionem eandem fieri, quam supra ostendimus; proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit.

In den darauf folgenden §§. 3—5 nähert ſich Ulpian der eigentlich zur Entſcheidung vorgelegten Frage, er beſpricht, was alles zu den res Italicae und zu den res provinciales gehöre, und entſcheidet, daß die nach der Provinz geſchickten Gelder, ſowie die dort damit erkauften Waaren allerdings zu den res Italicae zu rechnen ſeien, was uns indeſſen hier weiter nicht intereſſirt.

Die abgedruckten Worte unſerer Stelle geben, auch ohne daß dieſelben ſchon jetzt genauer erörtert werden, das Reſultat, daß die juriſtiſche Behandlung einer Einſetzung ſämmtlicher Miterben auf res certae im Allgemeinen die iſt : die Eingeſetzten gelten als Erben, und zwar als heredes sine partibus scripti, die res certae bekommen ſie vice praeceptionis, d. h. wie Prälegate, und zwar ganz nach den Grundſätzen der Prälegate.

Dieſe Geſichtspunkte ſind denn auch, wie wir ſehen werden, im Allgemeinen die von dem Römiſchen Rechte hier anerkannten, wenn es auch Fälle gibt, in welchen die Behandlung eine andere Richtung nimmt; in dem Folgenden haben wir nun zunächſt den Grundſatz, welcher für die vorliegenden institutiones ex re

certa gilt, genauer festzustellen, und sodann die Folgesätze, das Detail der Behandlung, in den Hauptpunkten hervorzuheben.

§. 9.

I. Der Grundsatz. 1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

I. Auch in dem Falle, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, finden wir, wie nach dem in §. 2 oben Ausgeführten nicht anders zu erwarten ist, daß diese Einsetzungen als eigentlich ungehörig und darum strenge genommen ungültig angesehen, daß sie aber dennoch aufrecht erhalten werden, und zwar als Erbeseinsetzungen; dieß ergibt sich schon daraus, daß Ulpian in §. 2 des oben angeführten fr. 35 D. de her. inst. sagt, jene Einsetzung der Erben auf die res provinciales und Italicae sei non repellenda, eine Aeußerung, die nicht nöthig gewesen wäre, wenn die Anordnung schon nach Rechtsprincipien gültig wäre; ebenso ergibt es sich aus den in dem princ. derselben Stelle enthaltenen Worten: dicebam, receptum esse, rerum heredem instituí posse, nec esse inutilem institutionem; wir lassen hier einstweilen dahin gestellt, ob mit diesen Worten gesagt sein soll, daß eine jede institutio ex re certa (auch die in dem dritten Abschnitte zu besprechende) aufrecht erhalten werde, das ist vorerst gewiß, daß die Worte jedenfalls auf die hier zu erörternden Fälle anwendbar sind, da Ulpian die ganze Erörterung mit Rücksicht auf einen Fall gibt, in welchem sämmtliche Erben auf res certae instituirt waren. — Es bedarf ferner keiner Erwähnung, daß der Grund der Aufrechterhaltung der Einsetzungen auch hier die Rücksicht auf die voluntas testatoris und die hohe Bedeutung der Erbenqualität ist [1]; ebenso besteht die Art und

[1] Die Behandlung gilt daher natürlich auch hier bei einer jeden Erbeseinsetzung (Institution wie Substitution), und andererseits bei keiner Exheredation.

Weiſe dieſer Aufrechterhaltung auch hier in der Wegräumung des mit der Erbenqualität Unverträglichen, alſo in Detrahiren der rei mentio, wie dieß theils ſchon aus dem oben mitgetheilten fr. 35 D. de her. inst. hervorgeht, theils noch in weiteren Stellen, welche wir gleich unten kennen lernen werden, ausgeſprochen iſt. Ob vielleicht in anderer Rückſicht die rei mentio fortwährend beachtet wird, berührt uns hier noch nicht, es ſoll nur geſagt ſein, daß ſie zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität an ſich nothwendig auch hier detrahirt wird.

II. Folge der detracta rei mentio und Aufrechterhaltung der Erbenqualität iſt denn nun auch hier, daß für die rechtliche Stellung der Erben durchaus nichts Singuläres, nichts den Principien des Erbrechts (§. 1. 2) Widerſprechendes entſteht, ſie werden nicht Erben auf die ihnen zugewieſenen res certae, denn daß die mehrerwähnten Worte Ulpian's: dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nicht dieſen Sinn haben, bedarf ſchon nach allem Bisherigen keiner Bemerkung, und iſt auch von jeher allgemein anerkannt. Die Inſtituirten gelten vielmehr, wie dieß bei einem jeden Miterben jure communi der Fall iſt, als gerufen auf das universum jus defuncti, und zwar zunächſt auf Theile des jus, auf partes hereditariae.

Eine andere Frage aber iſt: von welchen Geſichtspunkten geht das Römiſche Recht bezüglich der Behandlung und Größe dieſer partes hereditariae aus? Gelten die Eingeſetzten als heredes sine partibus scripti, oder aber als heredes ex certis partibus scripti? Sehen wir nämlich zunächſt für einen Augenblick von den Quellen ab, ſo ließe ſich auf den erſten Blick für dieſe letztere Auffaſſung wohl das ſagen, es ſei der voluntas testatoris am entſprechendſten, den Werth der einzelnen res certae gegeneinander im Verhältniſſe zu dem Werthe der ganzen Erbſchaft zu berückſichtigen, und nach dieſer etwaigen diversitas pretiorum das jus ipsum hereditarium quotenweiſe zu theilen, ſo daß die rerum mentio, wenn auch für Aufrechterhaltung der Er-

benqualität überhaupt detrahirt, doch als maasgebend für die Größe der Portionen fortwährend zu beachten sei.

In der That finden wir nun in den Quellen unter Umständen diese Auffassung anerkannt, dagegen in der großen Mehrzahl der Fälle geschieht dieß nicht. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Ist jeder der Erben auf eine besondere res certa, und zwar auf diese ganz, nicht blos zu einem Theile derselben, eingesetzt, so finden wir überall die Bestimmung, daß die Größe der Quoten sich nicht nach der etwaigen Werthverschiedenheit der res certae bemißt, daß vielmehr die Eingesetzten als Erben aequis ex partibus gelten. In dieser Art wird ausdrücklich entschieden in dem oben erwähnten fr. 35 D. de her. inst.; dort heißt es bezüglich des auf die res Italicae und res provinciales eingesetzten Erben in §. 2: erunt tamen heredes ex aequis partibus, obwohl gleich nachher in anderer Beziehung, keineswegs aber in der fraglichen, besondere Wirkungen daran geknüpft werden si forte in aliis facultatibus plus sit, in Italicis forte, quam in provincialibus, in aliis minus, — zum deutlichen Beweise, daß in diesem Falle nicht unterstellt ist, das italische Vermögen sei ebensogroß als das in der Provinz befindliche. Ebenso wird in dem princ. derselben Stelle bezüglich des Falles, da der Eine auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Libianus eingesetzt ist, entschieden: erunt quidem heredes ex aequis partibus, während ausdrücklich gesagt wird, der erstere fundus betrage hier drei Viertheile, der zweite ein Viertheil der Erbschaft. Ganz denselben Grundsatz finden wir in folgender hierher gehörigen Stelle ausgesprochen:

fr. 78 pr. D. de her. inst. (28, 5) Papinianus libro VI Responsorum: Qui non militabat [2]), bonorum maternorum

[2]) Der Grund, warum diese Stelle hier das Testament eines paganus voraussetzt, sowie der weitere Verlauf der Stelle berührt uns hier vorerst nicht.

quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium; jure semisses ambos habere constitit, —

2) Gerade diesem Gesichtspunkte gemäß wird denn auch weiter in dem Falle, wenn Ein Miterbe auf die eine, zwei andere Miterben zusammen auf eine andere res certa eingesetzt sind, gesagt, der erstere gelte als zur einen, die beiden andern Miterben gelten als zur andern Hälfte der Erbschaft gerufen.

fr. 11 D. de her. inst. Javolenus libro VII Epistolarum. Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto; habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet; quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio.

Es ist dieß nichts als Anwendung des Satzes, daß wenn von mehreren gehörig (sine rei mentione) und zwar ohne Theilbestimmung eingesetzten Erben einige zusammen in einem und demselben Satze genannt sind, diese als conjuncti zusammen auch nur Einen Theil erhalten, obwohl im Allgemeinen hier die Erben aequaliter gerufen sind [3]). In unserem Falle nun gelten die Instituirten detracta re als aequis ex partibus instituirt, die beiden Titii aber, weil auf eine res certa conjungirt, werden nun auch hinsichtlich der Erbschaft selbst als conjuncti behandelt, und sind zusammen nur auf die Hälfte derselben berufen.

3) Dagegen für den Fall, daß die Erben auf Quoten ein und derselben res certa institnirt sind, haben wir in der fraglichen Beziehung folgende Entscheidung:

fr. 9 §. 13 D. de hered. inst. Ulpianus libro V ad Sabinum:

---

[3]) Fr. 17 §. 4, fr. 59 §. 2 D. de her. inst. (28, 5.) Dieser Satz, durch Juristenrecht im Sinne der voluntas testatoris eingeführt, wird in letzterer Stelle (fr. 59 §. 2 cit.) ebenfalls auf die Auktorität des Proculus zurückgeführt; von ihm also rührt wohl zugleich Regel und Anwendung her.

Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.

Der einfache Sinn dieſer Stelle iſt der: auch hier wird die rei mentio jedesmal detrahirt, um überhaupt die Erbenqualität aufrecht zu erhalten; Folge der detractio rei ſoll nun in der Regel ſein, daß die Eingeſetzten wie heredes sine partibus scripti behandelt, alſo aequaliter zur Erbſchaft gerufen werden, dieß jedoch nur dann, wenn nicht die Abſicht des Teſtators offenbar vorliegt, mit den an der Sache ausgedrückten ungleichen Quoten die Quotentheilung ſeines Vermögens überhaupt bezeichnen zu wollen, was z. B. dann der Fall ſein wird, wenn ſein ganzes Vermögen, oder der hauptſächlichſte Theil deſſelben, in der res certa beſteht, wo dann anzunehmen iſt, der Erblaſſer habe, wie wir es ähnlich ſchon oben an verſchiedenen Stellen kennen lernten (ſ. z. B. S. 23. 24), mit der einzelnen res certa ſein Vermögen überhaupt bezeichnen wollen. In ſolchen Fällen ſoll die rei mentio fortwährend in der Rückſicht beachtet werden, daß die hinſichtlich derſelben ausgeſprochenen Quoten den Maaßſtab für die Erbſchaftsquoten geben, während behufs der Aufrechthaltung der Erbenqualität überhaupt natürlich auch hier die Erwähnung der res detrahirt wird [4]).

---

[4]) Unbegreiflich iſt, daß manche ältere Interpreten die Schlußworte unſerer Stelle (si modo voluntas — refragatur) in folgender Art verſtehen konnten: wenn nicht entſchieden des Teſtators Abſicht vorliegt, daß die Inſtituirten auf den fundus Cornelianus beſchränkt ſein, und unter keinen Umſtänden mehr bekommen ſollten. Auf dieſe Interpretation hin gebrauchte man die Stelle zum Beweiſe des irrigen Satzes, daß, wenn der Teſtator bei Anordnung einer institutio ex re certa ausdrücklich verboten habe, daß der Erbe mehr bekomme, dieſes Verbot Gültigkeit habe, und das übrige Vermögen an die Inteſtaterben falle. Dieſe

4) Endlich gibt uns Paulus (libro II ad Sabinum) für den Fall, daß die Miterben auf Theile nicht ein und derſelben, ſondern verſchiedener res certae inſtituirt ſind, eine Entſcheidung, welche ſich findet in fr. 10 D. de her. inst.; die Stelle lautet nach der Florentina alſo:

> Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile sed diversitate pretium portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum, nec partes nominasset.

Daß die Lesart der Florentina sed diversitate pretium corrupt iſt, und daß dieſe Worte keinen Sinn geben, zeigt der erſte Blick. Dagegen belehrt uns der Zuſammenhang der ganzen Stelle, insbeſondere die Vergleichung des im Anfang erwähnten Falles mit der darauf folgenden Entſcheidung und den Worten nec enim facile — portiones inveniuntur (wie auch die dazwiſchen liegenden Worte gelautet haben mögen) ſehr leicht darüber, was eigentlich geſagt werden ſollte; es iſt nichts anderes als das: ſind die Miterben auf Quoten verſchiedener Sachen eingeſetzt, ſo iſt es überall zu ſchwierig, Erbſchaftsquoten nach dem Werthe der ausgeſprochenen Sachenquoten zu berechnen, und die Inſtituirten hiernach als heredes ex certis partibus scripti anzuſehen, dieſelben ſollen darum immer als heredes sine parte scripti gelten, alſo zu gleichen Theilen gerufen ſein. Daß dieß in der That der Sinn ſei, hat man denn auch im Grunde nie beanſtandet, es kommt daher lediglich darauf an, ſich für eine Lesart zu ent-

---

Auffaſſung iſt ſo offenbar verfehlt, daß wir dieſelbe oben bei Beſprechung dieſes letzteren Satzes (S. 135) nicht einmal zu erwähnen für nöthig gehalten haben. Sie iſt ſchon durch ältere Juriſten widerlegt, z. B. Fachinaeus controv. jur. lib. IV cap. 15 fin, und hat in neuerer Zeit keine Anhänger mehr.

ſcheiden, welche dieſem Sinne möglichſt und mit der geringſten Abweichung von jener handſchriftlichen Lesart entſpricht. In dieſer Beziehung nehme ich denn keinen Anſtand, zunächſt mit Haloander und Anderen zu leſen: ex ſtatt: sed, ſodann aber auf die Auktorität der Taurelli mit den meiſten Ausgaben ſtatt pretium zu leſen: partium; denn wenn auch jener unzweifelhafte Sinn noch vollſtändiger durch die Worte ex diversitate partium praediorum wiedergegeben würde, ſo ſchließt ſich doch das bloße partium einfacher an das Wort pretium der Florentina an, und iſt auch an ſich ſchon vollſtändig genug, um auszudrücken, daß in den (ausdrücklich ausgeſprochenen) Theilen nicht leicht Erbtheile gefunden werden können [5]).

Ueberblicken wir die Entſcheidungen der Quellen in allen dieſen vorgeführten Fällen, ſo zeigt ſich das Reſultat, daß die rei mentio nicht blos zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität detrahirt, ſondern ſelbſt für Beſtimmung der Größe der partes hereditariae in der Regel unbeachtet bleibt, außer möglicherweiſe in einem Falle, wie ihn das fr. 9 §. 13 D. de her. inst. zum Inhalte hat.

---

[5]) Ich vermag alſo Mühlenbruch nicht beizuſtimmen, wenn er (in Glück's Commentar, Bd. XL, S. 181, Note 30) gerade von dem einfachen Worte partium ſagt, es laſſe ſich damit kaum irgend ein beſtimmter Sinn verbinden. Haloander lieſt mit mehreren Handſchriften ſtatt pretium: praediorum, und dieß billigt auch Mühlenbruch a. a. O., allein gerade dieß entſpricht offenbar nicht dem unzweifelhaften Sinne unſerer Stelle, denn nicht die Werthverſchiedenheit der fundi ſelbſt, ſondern die Verſchiedenheit der an denſelben ausgedrückten partes wäre der Verſuch, welchen Paulus als ſchwierig bezeichnet. — Die in anderen Handſchriften befindliche Lesart pretiorum, welcher auch Cujacius (in comment. ad h. l.) folgt, möchte ich darum nicht billigen, weil ſie nicht ausdrückt, um welcher Gegenſtände Werth es ſich handeln ſoll. — A. Faber (conject. lib. XVII cap. 16 Num. 15 lieſt: sub diversitate partium; Cannegieter Disq. de Notis. §. 19 p. 309 lieſt: sine edita diversitate praedii partium; J. B. Koehler, Interpr. et Emend. II, 9 §. 5 p. 69 sq.: ex diversitate praedii partium; Nic. Catharinus (observ. et conject. lib. IV, c. 46 in Meerm. Thes. Tom. VI, p. 798, ſchlägt vor: sed diversitate consortium (i. e. heredum).

Fragen wir nun nach dem Grunde dieſer Geſammtauffaſſung, ſo ließe ſich zunächſt das ſagen : weil die Inſtituirten überhaupt nur detracta re als Erben gelten, ſo ſcheint es conſequent, wenn die res überhaupt nicht mehr, auch nicht als Werthmaaßſtab der Quoten in Betracht kommen, es vielmehr wirklich ſo gehalten wird, als ſeien die Inſtitutionen ohne Sachen und ohne Erbtheile angeordnet.*); in dieſem Sinne motivirt es denn auch Ulpian, wenn er in fr. 35 §. 2 D. de her. inst. ſagt : erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Nun iſt zwar allerdings das wahr, daß, wenn die gegentheilige Auffaſſung mehr der voluntas testatoris (die doch das Entſcheidende iſt) entſprechen ſollte, der bloßen Conſequenz der detractio rei behufs der Erbenqualität nicht wohl ſo großes Gewicht zugeſchrieben werden darf, daß die res nun auch in jeder anderen Beziehung unbeachtet bleiben müßten, dieß um ſo weniger, da wir bereits in dem vorigen Abſchnitte geſehen haben, wie bei dem detracta re auf das Ganze gerufenen einzigen eingeſetzten Erben behufs der Beſchränkung auf die Sache die rei mentio dennoch aufrecht erhalten wird, ſofern dieß juriſtiſch realiſirbar iſt, allein es kommt eben das hinzu, daß der Verſuch, die Größe der Erbſchaftsquoten nach dem Werthverhältniſſe der Sachen zu der ganzen Erbſchaft zu beſtimmen, in der

*) Averanius interpr. lib. IV, cap. 11, Num. 3 ſagt bezüglich des in fr. 9 §. 13 D. de her. inst. enthaltenen Falles, es ſcheine ſingulär, daß die Eingeſetzten aequis ex partibus Erben werden, denn die dort gebrauchten Worte tertia pars und bes ſeien doch techniſche Worte für die Theilung des jus hereditarium; werde nun die fundi mentio detrahirt, ſo bleibe doch noch immer die mentio partium, man ſollte alſo denken, es müſſe ſo angeſehen werden, als ſei geſagt : Cajus ex parte tertia, Sejus ex besse heres esto, gerade weil behufs der Aufrechterhaltung der Erbenqualität nur rei mentio detrahirt werde. Allein die entgegengeſetzte Entſcheidung des fr. 9 §. 13 cit. motivire ſich wohl dadurch, daß der Teſtator den fundus, und nicht die hereditas getheilt habe, daß alſo mit Detrahiren des fundus auch die, nur allein ihn betreffende, mentio partium detrahirt werden müſſe, denn das Ganze ziehe die Theile nach ſich.

That regelmäßig ein der voluntas testatoris nicht entſprechendes Reſultat geben würde, und zwar dieß aus zwei Gründen. Zunächſt würde dadurch der, doch hauptſächliche, Wille des Erblaſſers, daß jeder Erbe gerade dieſe ihm zugewieſene Sache erhalte, gar nicht erreicht werden, denn die Erben mögen zu gleichen oder zu ungleichen Erbquoten gerufen ſein, immer wird doch das unverändert bleiben, daß eine jede einzelne res hereditaria unter den ſämmtlichen Erben pro rata hereditaria gemeinſchaftlich (oder als Forderung pro rata hereditaria getheilt) wird. Sodann aber hat ein Vermögen keinen ſtabilen Werth, es hat einen beſtimmten Umfang nur mit Rückſicht auf einen gegebenen Zeitpunkt [7]), in jedem Augenblicke kann es ſich vermehren oder vermindern; der Erblaſſer kann alſo auch nicht immer wiſſen, wie groß bei ſeinem Tode ſein Vermögen ſein wird, man kann daher nicht ſo ſchlechthin annehmen, er habe bei Nennung der res certae den Werthmaaßſtab für ſein geſammtes Vermögen im Auge gehabt. Gerade daraus erklärt ſich nun aber auch, warum die römiſchen Juriſten den Satz, daß unſere Inſtituirten aequis ex partibus Erben werden, nur als einen für die Regel geltenden, aufgeſtellt haben, und warum denſelben doch daneben Ulpian in fr. 9 §. 13 D. de her. inst. für den Fall, daß die Erben auf Quoten ein und derſelben Sache eingeſetzt ſind, nur dann gelten läßt, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur [8]), und hier jenen Satz nur als eine expeditissima sententia bezeichnet; denn bei Quotentheilung ein und derſelben einzelnen Erbſchaftsſache läßt ſich noch am eheſten

---

[7]) v. Savigny, Syſt. des heut. Röm. Rechts. Bd. I, S. 375.

[8]) Daraus widerlegt ſich ſchon von ſelbſt die Meinung von A. Faber, err. pragm. Dec. XV err. 7, welcher dieſe Worte für einen Tribonianismus erklärt, weil Ulpian wohl nicht noch etwas von der voluntas testatoris abhängig gemacht habe in einem Falle, der ſchon ſeine geſetzliche Normirung habe! Gegen dieſe rein äußerliche Auffaſſung Faber's erklärt ſich auch Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. XL, S. 180, Note 26 a. E.

ein Schluß auf die Abſicht rückſichtlich des Ganzen machen, auch bekommt hier, wenn nach demſelben Maaßſtabe die hereditas getheilt wird, in der That jeder Erbe (in ſeinem Erbtheile) auch gerade die ihm rückſichtlich der ſpeciellen res certa zugewieſene Quote. Gerade aus obigem erklärt ſich ferner, warum Paulus in fr. 10 D. de her. insl. bei Inſtitutionen auf Quoten verſchiedener Sachen eine daraus zu abſtrahirende Quotentheilung des jus ipsum hereditarium nicht als geradezu unzuläſſig, d. h. juriſtiſch unmöglich, ſondern nur als faktiſch nec facile zu bewerkſtelligen bezeichnet, und darum nur als expeditissimum erklärt, die Erbtheile als gleiche anzunehmen. Gerade daraus endlich werden wir, wie auch z. B. v. Vangerow [9]) thut, folgern dürfen, daß, wenn nicht Sachen, ſondern Summen als res certae genannt ſind, hier noch am eheſten und leichteſten jener Regelſatz verlaſſen, und eine aus den Summen zu abſtrahirende Quotentheilung der Erbſchaft angenommen werden darf [10]).

Bei Betrachtung der bisher erörterten Stellen iſt übrigens noch vor einem möglichen hiſtoriſchen Irrthum zu bewahren. Wir haben geſehen, in fr. 9 §. 13 D. de her. inst. wird der Satz, daß Inſtitutionen auf Quoten derſelben Sache im Zweifel ſo behandelt werden ſollen, daß delracta rei mentione die Eingeſetzten als heredes sine parte scripti gelten, auf die Auktorität

---

[9]) Leitfaden Bd. II, S. 161 gegen das Ende.

[10]) Eine ausdrückliche Stelle darüber haben wir nicht, wie denn überhaupt die Quellen (aber gewiß nur zufällig) niemals Geld als Gegenſtand einer institutio ex re certa erwähnen. Wohl aber iſt ganz ähnlich folgender in fr. 77 §. 30 D. de leg. II (Pap.) erwähnte Fall: Pater, qui filio semissem dederat, et sororibus ejus impuberibus quadrantes, quibus fratrem tutorem dedit, ita fuerat locutus: fili, contentus eris pro tuo semisse aureis ducentis, et vos, filiae, pro vestris quadrantibus centenis aureis; vice mutua liberis fideicommissum hereditatis reliquisse non videbatur, sed aestimationem, ut a parentibus frugi fieri solet, patrimonii sui fecisse, nec idcirco fratrem judicio tutelae bonae fidei rationes quandoque praescriptione demonstratae quantitatis exclusurum.

des Sabinus gegründet, und ebenso wird in fr. 10 D. eod. demselben Sabinus zugeschrieben, daß Institutionen auf Quoten verschiedener Sachen so aufzufassen sind, als seien weder die Sachen noch deren Theile genannt, vielmehr die Erben ohne alle Theilbestimmung eingesetzt. Man könnte sich nun auf den ersten Blick veranlaßt finden, diese Behandlung mit der überhaupt anerkannten Aufrechthaltung der uns in diesem zweiten Abschnitte beschäftigenden institutiones ex re certa hinsichtlich ihres Alters in der Rechtsgeschichte auf Eine Linie zu stellen, also die Meinung aufzustellen, gerade zur Zeit des Sabinus sei es überhaupt erst aufgekommen, daß eine Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae Anerkennung und Aufrechthaltung detracta rerum mentione gefunden habe, und zwar in der genannten Art, während man bis dahin an der ursprünglichen gänzlichen Ungültigkeit einer solchen Anordnung festgehalten habe.

Allein eine solche Meinung wäre sicher nicht gegründet; wir sahen in dem vorigen Abschnitte, es war mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus anerkannt, daß, wenn nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa instituirt ist, die Einsetzung aufrecht erhalten werde detracta rei mentione; nun aber liegt durchaus kein Grund vor, warum die auf gleichem Wege zu bewirkende Aufrechterhaltung einer Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae erst später anerkannt worden sein sollte; denn diese beiden, nur von uns im Interesse wissenschaftlicher Darstellung geschiedenen Fälle der institutio ex re certa haben doch in der That, was die Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Erbenqualität im Allgemeinen betrifft (abgesehen von der weiteren Behandlung), nichts innerlich so verschiedenes, daß man zu der Annahme berechtigt wäre, die letzteren Fälle seien entweder praktisch erst später vorgekommen, oder hätten nur schwieriger Anerkennung finden können, als die ersteren. Wir dürfen vielmehr sicher annehmen, daß, soweit die institutio ex re certa in dem Römischen Rechte überhaupt als Erbeseinsetzung

anerkannt ist, dieß dem Grundsatze nach gleichzeitig geschehen ist; sonach war gewiß schon zur Zeit des Aquilius Gallus anerkannt, daß auch wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, die Einsetzungen aufrecht erhalten werden detracta rerum mentione.

Ein Anderes aber ist die fortschreitende Ausbildung der genaueren Behandlung dieser Anordnung (in welcher Beziehung wir bereits in dem ersten Abschnitte auf der Basis der erstarkten Fideikommißtheorie eine erhebliche Wendung kennen gelernt haben), und ebenso die Anwendbarkeit bereits anerkannter Grundsätze auf etwa neuerdings vorgekommene besondere Gestaltungen der institutio ex re certa. So mochte denn auch die Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae ursprünglich nur so vorgekommen sein, daß jeder Erbe auf eine besondere res certa, und zwar auf diese ganz, eingesetzt war, denn es ist dieß offenbar der einfachste und natürlichste Fall; hier war man nun gewiß schon gleich anfangs darüber einig, daß auch behufs der Größe der Erbquoten die rerum mentio unberücksichtigt bleibe, die Erben also unabhängig von dem Werthe der Sachen aequaliter gerufen seien, eben weil der Erblasser nicht sowohl verschiedene Werthquoten, als vielmehr gerade diese Sachen den einzelnen Erben zuwenden wollte, dieß aber, wenn nicht vielleicht auf einem andern Wege, doch jedenfalls nicht durch Verschiedenheit der Erbquoten juristisch zu realisiren war. Später mochten die complicirteren Fälle zur Sprache gekommen sein, wenn der Erblasser die Institutionen auf Quoten ein und derselben Sache oder auch verschiedener Sachen vornehme, und hier mochte man anfangs zweifeln, ob der Satz, die Instituirten seien als Erben zu gleichen Theilen zu behandeln, anwendbar sei, oder ob es nicht vielleicht der voluntas testatoris mehr entspreche, die Erbquoten nach dem Verhältnisse der Sachenquoten zu fixiren, und hier, für diese Fälle, mochte Sabinus den Ausschlag dahin gegeben haben, daß nichts desto weniger auch hier die Erben in der Regel zu gleichen Theilen

gerufen ſein ſollten, während wir für jene erſteren gewöhnlichen, und gewiß früheren Fälle, nirgends die Auktorität des Sabinus oder auch eines andern namentlich bezeichneten Juriſten erwähnt finden.

§. 10.

2) Beſchränkung auf die res certa.

Das Bisherige hat uns gezeigt, daß der Wille des Erblaſſers, die Gerufenen ſollen Erben ſein, auch hier unbedingt und jedesmal aufrecht erhalten wird, und zwar ganz in derſelben Art, wie wir dieß in dem vorigen Abſchnitte kennen gelernt haben, nämlich detracta rei mentione. Eine andere Frage iſt, ob daneben auch die weitere voluntas testatoris, wonach die Gerufenen gerade auf die ihnen zugewieſenen Sachen beſchränkt ſein ſollen, aufrecht erhalten wird?

In dem Falle, wenn nur ein einziger Erbe ernannt, dieſer aber auf eine res certa inſtituirt iſt, ſahen wir, daß dieſe Beſchränkung nur ausnahmsweiſe aufrecht erhalten wird, nämlich nur dann, wenn aus einer Willenserklärung des Erblaſſers die Bezeichnung eines Dritten erhellt, zu deſſen Gunſten der Inſtituirte auf die res certa beſchränkt ſein ſoll. In den hier zu betrachtenden Fällen der institutio ex re certa dagegen zeigt ſich uns ſogleich die Hoffnung, daß auch dieſer zweite Theil der voluntas testatoris weit leichter juriſtiſch zu realiſiren ſein wird, eben weil Miterben vorhanden ſind, deren jeder zu Gunſten der Anderen beſchränkt werden kann auf einem juriſtiſchen Wege, der uns eigentlich ſchon durch die Art, in welcher in dem vorigen Abſchnitte jene ausnahmsweiſe aufrechterhaltene Beſchränkung auf die Sache behandelt wird, an die Hand gegeben iſt.

Indeſſen erhellt ſchon aus dem in dem vorigen Paragraphen Angegebenen, daß in unſeren Fällen von einer Beſchränkung der Erben auf die ihnen zugewieſenen Sachen, auch wenn dieſelbe

juriſtiſch conſtruirbar iſt, doch ſchon ex voluntate testatoris keineswegs immer und jedesmal die Rede ſein kann, dieß nämlich da nicht, wo die rerum mentio mindeſtens als Maaßſtab für die Größe der partes hereditariae fortwährend beachtet wird, alſo nach fr. 9 §. 13 D. de her. inst. in dem Falle, wenn ſämmtliche Miterben auf Quoten ein und derſelben Sache eingeſetzt ſind, und zugleich die unzweifelhafte Abſicht des Teſtators vorliegt, daß hiermit Quoten der ganzen Erbſchaft ausgedrückt ſein ſollen, und ebenſo (wie wir annehmen durften) in dem Falle, wenn die res certae in Summen beſtehen, durch welche der Erblaſſer Werthquoten ſeines geſammten Vermögens bezeichnen wollte. In dieſen Fällen iſt alle weitere Behandlung unnöthig, die Erben bekommen ganz daſſelbe, auf was ſie gerufen ſind, nämlich die ihnen ſo von dem Erblaſſer ſelbſt zugewieſenen Quoten, und darin auch, in dem erſtgenannten dieſer Fälle, die Quotentheile der ſpeciell genannten Sache. Dieſe Fälle berühren uns alſo in dem Folgenden nicht weiter.

Die ganze Frage kann vielmehr nur dann entſtehen, wenn die rei mentio für das Gerufenſein in jeder Beziehung detrahirt wird, die Erbquoten alſo, unabhängig von dem Werthe der res certae, ſich gleichgroß geſtalten, ſollten auch, wie dieß in fr. 11 D. de her. inst. vorausgeſetzt wird, unter den Miterben ſich Einige befinden, die als conjuncti anzuſehen ſind.

In dieſen Fällen nun ſind bezüglich der Beſchränkung der Erben auf die res certae zwei Fragen getrennt zu erörtern: wie ſind die res certae ſelbſt zu behandeln, d. h. wie kann es bewirkt werden, daß jeder der Miterben gerade die ihm zugewieſene Sache bekommt? Und dann: wie iſt der Reſt des durch die res certae etwa nicht erſchöpften Vermögens zu behandeln?

I. Behandlung der res certae ſelbſt. In dieſer Beziehung muß man davon ausgehen, daß die nächſte, juriſtiſch nothwendige, Folge der Aufrechterhaltung der Erbenqualität die iſt, daß detracta re die Inſtituirten auf partes hereditariae gerufen

ſind, deren jede ſich gleichmäßig über jede einzelne res hereditaria erſtreckt, ſodaß ein jeder der Erben an jeder res certa einen gleichmäßigen Antheil pro rata hereditaria hat, alſo jedes einzelne corpus hereditarium als gemeinſchaftlich, jede einzelne Forderung ipso jure als getheilt erſcheint.

Um nun dieſen nächſten Erfolg der detractio rerum im Intereſſe der voluntas testatoris wieder zu beſeitigen, könnte man denken, bei demnächſtiger Auseinanderſetzung der Erbſchaft habe der arbiter familiae herciscundae es ſo einzurichten, daß er erbvertheilungshalber jedem Erben gerade die res certa, auf welche er urſprünglich inſtituirt war, zuweiſt, indem der Theilungsrichter, der ja überhaupt boni viri arbitratu zu verfahren hat, auf dieſe Weiſe am meiſten der voluntas testatoris entſprechen wird. Allein bei näherer Betrachtung zeigt ſich ſogleich, daß dieſes Mittel nur ein ſehr unvollſtändiges wäre, und zwar aus zwei Gründen: einmal nämlich würde ein ſolches Verfahren nur dann ausreichen, wenn die Größe der res certae zufällig von der Art iſt, daß ſie ein ſolches Einrechnen der Sachen in den detracta re künſtlich geſchaffenen Erbtheil zuläßt, es kann aber ebenſogut ſein, daß eine res certa den Werth dieſes Erbtheils weit überſteigt, z. B. in dem von Ulpian in fr. 35 pr. D. de her. inst. erwähnten Falle, wenn der eine Erbe inſtituirt iſt auf den fundus Cornelianus, welcher drei Viertheile der Erbſchaft beträgt, der andere auf den fundus Libianus, welcher ein Viertheil beträgt, da doch auch hier die Erben aequis ex partibus gerufen ſind, bei bloßer Erbtheilung aber kein Erbe mehr bekommen kann, als ſeiner rata hereditaria entſpricht; von ſolchen Zufälligkeiten der Ausführbarkeit kann eine Rechtsregel für die Behandlung der Beſchränkung auf die Sache nicht wohl abhängig gemacht werden. Sodann aber iſt zu erwägen, daß die genannte Einrechnung, ſelbſt wo ſie ſich zufällig ausführen läßt, nicht lediglich dem Ermeſſen des Theilungsrichters anheim gegeben werden kann; ſoll bewirkt werden, daß jeder gerade die Sache

zu bekommen hat, auf welche er von dem Erblasser instituirt ist, so muß dieß so gestaltet werden, daß jeder der Erben ein wirkliches Recht auf diese Behandlung erhält, sodaß jeder der Miterben rechtlich verpflichtet ist, sich diese Behandlung gefallen zu lassen, und ebenso der Richter verpflichtet ist, dieselbe zu realisiren.

Gerade dieß nun führt uns auf den richtigen Weg, welchen wir für die Behandlung der res certae in den vorliegenden Fällen von den Quellen eingeschlagen finden.

Daß ein jeder der Miterben ein wirkliches Recht darauf erhält, gerade die res certa, auf welche er instituirt ist, zu bekommen, läßt sich nämlich juristisch nur so construiren, daß angenommen wird, die übrigen Miterben seien ex voluntate testatoris verpflichtet, die auch ihnen an dieser res certa aus dem Erbschaftserwerbe (der ja, wie die Delation, auf die ihnen deductis rebus künstlich geschaffenen gleichen partes hereditariae gerichtet ist) zustehenden Antheile an jenen Miterben zu restituiren, m. a. W., das ganze Verhältniß ist so zu behandeln, als habe der Testator die Erben gehörig eingesetzt, und zwar als heredes sine partibus scripti, zugleich aber einem jeden derselben die res certa, auf welche er ihn instituirt hat, als ein Vorvermächtniß hinterlassen.

Diese Behandlung beruht auf rechtlicher Nothwendigkeit, wenn anders bei Aufrechterhaltung der Zuwendung gerade dieser Sachen keine Singularität entstehen, sondern im Einklange mit den Principien des Erbrechts das, worauf die Erben juristisch gerufen sein müssen, und dasjenige, was sie ex voluntate testatoris bekommen sollen, gehörig fundirt werden soll. Es ist ganz dieselbe Nothwendigkeit, welche in dem Falle, wenn bei dem einzigen eingesetzten Erben die Beschränkung auf die res certa zum Vortheile eines Dritten ausnahmsweise aufrecht erhalten wird, ebenfalls eine Behandlung mit Hereinziehen von Vermächtnißgrundsätzen herbeiführt; die dabei allerdings bezüglich der Art und Weise der Anwendung der Vermächtnißtheorie doch entste-

hende Verschiedenheit hat ihren Grund lediglich in der Verschiedenheit der Fälle; während in den letztgenannten Fällen ein Verhältniß zwischen Universalerben und Nichterben zu beachten war, liegt hier in unseren Fällen ein Miterbenverhältniß vor, und dieses bewirkt, daß die res certae gerade als Vorvermächtnisse zu behandeln sind.

Gehen wir nun davon aus, daß das Zutheilen der Sachen an die auf dieselben Instituirten nur auf diesem juristischen Wege aufrecht erhalten werden kann, so müssen wir zugleich zugeben, daß diese Behandlung so lange in dem Römischen Rechte unmöglich war, als noch die civilrechtlichen legata die einzige Art der Vermächtnisse bildeten, gerade wie wir oben (S. 121) behaupten mußten, daß für diese Zeit die Beschränkung des einzigen Erben auf die ihm zugewiesene Sache, selbst wenn ersichtlich gewesen, zu wessen Vortheil die Beschränkung gelten solle, doch niemals realisirt werden konnte; wir sahen dort, die legata forderten streng formelle Anordnung, und wenn sonach ein legatum nicht wirklich angeordnet war, konnte eine Verfügung auch nicht als Legat behandelt werden.

Dagegen aber müssen wir ferner, eben wieder wie wir es oben in dem ersten Abschnitte schon gethan haben, der später erstarkten Fideikommißtheorie einen Einfluß auf die genauere Behandlung unserer institutio ex re certa zuschreiben. Vermächtnisse konnten schon in der Zeit der classischen Juristen auch in der Form von Fideikommissen errichtet werden [1]), und wie Fideikommisse überhaupt, so konnten auch solche Präfideikommisse sowohl ausdrücklich als auch stillschweigends angeordnet werden; wir müssen daher sagen, seit erstarkter Fideikommißtheorie war es möglich geworden, die res certae

[1]) Diesen, aus zahlreichen Stellen erhellenden, Satz hat gegen die abweichende Ansicht Anderer neuerdings sehr gründlich gerechtfertigt v. Buchholtz, Prälegate, S. 245, Note 11 — S. 252.

als ſtillſchweigende Präfideikommiſſe zu Gunſten derjenigen Erben, welche auf dieſe res inſtituirt ſind, zu behandeln.

Das bisher in Uebereinſtimmung mit allgemeinen Principien des Erbrechts Gefolgerte wird denn auch poſitiv von den Quellen auf das vollſtändigſte beſtätigt.

Daß nämlich in den fraglichen Fällen die res certae:

1) Als Vorvermächtniſſe behandelt werden, erhellt zunächſt aus dem oben (S. 128. 129) mitgetheilten Inhalte des fr. 35, D. de her. inst. Bezüglich des im princ. dieſer Stelle beiſpielsweiſe erwähnten Falles, da der eine Erbe auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Libianus eingeſetzt iſt, ſagt Ulpian zu Anfang des §. 1, die Erbſchaftsſchulden ſeien von beiden pro hereditariis partibus, alſo pro semisse, zu tragen, fundos etenim vice praeceptionis accipiendos, d. h. eben, die Grundſtücke, obwohl nicht ausdrücklich und formell von dem Teſtator als Vorvermächtniſſe angeordnet, ſeien doch juriſtiſch als ſolche zu behandeln [2]). Bald darauf weiter ſagt Ulpian: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones. Dieß hat folgenden einfachen Sinn: wenn die Portion des einen Erben ſo ſehr mit Legaten [3]) beſchwert iſt, daß die Falcidia zur

---

[2]) Alſo gerade ſo wie wir oben (S. 98) das quasi ex legato ei acquisita in §. 9 J. de fid. her. (2, 23) zu erklären hatten, weßhalb wir uns auch in dem Falle, wenn der einzige eingeſetzte Erbe mit Zurückbehaltung der res certa die hereditas zu reſtituiren hat, für berechtigt gehalten haben, zu ſagen (S. 106, Note 21), der Erbe erhalte die res certa hier vice praeceptionis, indem wir davon ausgingen, daß ſich der Anſpruch auf die res certa hier als Vorvermächtniß, nicht als ſimples Vermächtniß realiſire.

[3]) In dem vorliegenden Falle mußten nämlich zur Herbeiführung der Falcidia noch andere Vermächtniſſe vorliegen, da der fundus Cornelianus,

Anwendung kommt, ſo wird dadurch auch die dem anderen Erben gebührende res certa (genauer : der Theil derſelben, welchen er von jenem erſten Erben jure legati zu erhalten hat) verkürzt, und zwar gerade ſo, wie wenn ihm dieſelbe von dem Teſtator wirklich als Vorvermächtniß hinterlaſſen worden wäre, ſei es, daß ſie als Präſideikommiß, oder in irgend einer der vier Prälegatsformen, alſo auch in der einer wirklichen praeceptio, angeordnet wäre [4]). — Ferner erhellt in unſerer Stelle die Behandlung der res certae als Vorvermächtniſſe daraus, daß am Schluſſe des princ. für den fraglichen Fall geſagt wird, der arbiter familiae herciscundae habe einem jeden der Erben den fundus, auf welchen er inſtituirt ſei, zuzuweiſen, was nachher auch in §. 2 für den Fall, da der eine Erbe auf das Vermögen in Italien, der andere auf das in der Provinz eingeſetzt iſt, wiederholt wird. Bekanntlich iſt das judicium familiae herciscundae gerade das Rechtsmittel, womit bei Auseinanderſetzung der Erbſchaft zugleich die Prälegate geltend gemacht werden [5]), und daß daſſelbe hier wirklich in dieſer Eigenſchaft, und nicht als Mittel bloßer

---

indem er gerade drei Viertheile der Erbſchaft beträgt, für ſich allein den auf den fundus Libianus eingeſetzten Erben nicht beſchwert.

[4]) Dieſe Auffaſſung hat neuerdings ſehr gründlich dargelegt v. Buchholtz, Prälegate, S. 12—15; er macht mit Recht darauf aufmerkſam, daß man der Gloſſe nicht beiſtimmen kann, wenn ſie 1) zu den Worten si legatum accepisset ſupplirt : tanquam extraneus, non tanquam heres, da doch einem Nichterben kein Präceptionslegat hinterlaſſen werden kann (auch ſind ja Vorvermächtniſſe der Falcidia gerade ſo gut unterworfen als ſimple Vermächtniſſe), 2) wenn ſie zu dem Worte aliud hinzufügt : in fideicommissis, da nicht dieſer ſpecielle Gegenſatz gemeint iſt, ſondern überhaupt Andeutung der verſchiedenen möglichen Formen wirklich angeordneter Vorvermächtniſſe; 3) daß Haloander wohl mit Unrecht die Worte vel etiam praeceptiones mit der Bemerkung haec alias desunt als verdächtig einklammert, indem dieſelben wohl ſchwerlich in irgend einer Ausgabe fehlen, und in der That gar nichts Verdächtiges enthalten.

[5]) Gaj. II §. 219—223. Paul. sent. rec. III, 6. §. 1. Theophilus II, 20. §. 2. — Fr. 22, §. 1, fr. 26. 28 D. fam. erc. (10, 2), fr. 17 §. 2, fr. 67 pr. D. de leg. I. — v. Buchholtz, a. a. O. S. 335—338.

Erbtheilung (ſodaß jedem Erben die res certa auf ſeinen Erbtheil zugewieſen werde) gemeint ſei, erhellt namentlich daraus, daß in jenem erſten Falle der eine fundus (Cornelianus) den Erbtheil des Erben, der darauf inſtituirt iſt, weit überſteigt, und er ihm doch adjudicirt werden ſoll.

Ganz im Sinne dieſer Auffaſſung, wonach die res certae als Vorvermächtniſſe gelten, behandelt nun Ulpian in unſerer Stelle weiter auch die Einzelngeſtaltung ſowohl des casus propositus (in §. 2 des fr. 35 cit.), als auch (in §. 1) des vorher von ihm beiſpielsweiſe angeführten Falles, insbeſondere rückſichtlich der Anwendbarkeit der lex Falcidia auf die res certae, ſowie rückſichtlich der Frage, wieweit jeder Erbe die Erbſchaftsſchulden zu tragen habe, und welchen Einfluß dieſe Schulden auf das Bekommen der res certae äußern. Von dieſen und andern einzelnen Anwendungen des bezüglich der Behandlung der res certae geltenden Grundſatzes wird indeſſen erſt weiter unten die Rede ſein.

Dagegen iſt außer dem bisher betrachteten fr. 35 cit. von Ulpian noch weiter hier vorzuführen der Schluß einer anderen, ihrem Anfange nach bereits oben (S. 132 unten und S. 133 oben) mitgetheilten, Stelle; es iſt dieß das fr. 78 pr. D. de her. inst., herrührend von Papinian, aus dem ſechſten Buche ſeiner responsa. Der Erblaſſer hatte auf ſein mütterliches Vermögen, welches in Pannonien lag, einen Freigelaſſenen, auf ſein väterliches, in Syrien gelegenes, Vermögen den Titius eingeſetzt; Papinian ſagt:

> jure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem, factis adjudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

In dieſen Worten iſt alſo der Grundſatz ausgeſprochen: außer Aufrechterhaltung der Erbenqualität werde neben der rechtlich

nothwendigen Folge derſelben (daß jeder der Eingeſetzten als Erbe gerufen iſt auf die Hälfte der Erbſchaft) doch auch der andere Theil der voluntas testatoris, wonach ein Jeder gerade die ihm zugewieſene res certa erhalten ſolle, realiſirt, und zwar dadurch, daß der arbiter familiae erciscundae einem Jeden gerade dieſe Sache zuzuſprechen habe [6]), dieß jedoch salva Falcidia, wobei noch insbeſondere die Grundſätze über compensatio legatorum mutuorum zur Anwendung kämen. In dieſer letzteren, wie auch in ſonſtiger [7]) Beziehung werden wir das fr. 78 pr. noch genauer unten (§. 12) zu erörtern haben, hier genügt uns vorerſt, auch in dieſer Stelle die Behandlung der res certae als Vorvermächtniſſe anerkannt zu ſehen; es geht dieſe Behandlung theils daraus hervor, daß der arbiter familiae erciscundae (von dieſem werden ja zugleich mit Auseinanderſetzung der Erbſchaft die Prälegate geltend gemacht) jene Zutheilungen bewerkſtelligen ſoll, theils daraus, daß die Falcidia, welche bei bloßer richterlicher Erbtheilung nicht vorkommt, als anwendbar bezeichnet wird.

2) Weiter aber iſt gewiß, daß dieſe Behandlung der res certae als Vorvermächtniſſe erſt auf den Grund der erſtarkten Fideikommißtheorie aufgekommen iſt, daß ſonach die res certae als verba fideicommissoria, welche den heredum institutiones inſerirt ſind, alſo nicht ſowohl als eigentliche Prälegate, als vielmehr, genauer geſprochen, als ſtillſchweigende Präfideikommiſſe aufzufaſſen ſind [8]). Dafür ſpricht zunächſt der bereits oben (S. 146) aus der Strenge der eigentlichen legata, alſo auch praelegata, hervorgehobene Grund, und hiergegen ſtehen

---

[6]) Cujacius ad h. l. (in comment. ad Tit. Dig. de her. inst.) ſagt daher zu den Worten factis adjudicationibus: „libertus Titio cedet semissem, quem habet in rebus paternis, et vicissim Titius liberto semissem, quem habet in rebus maternis.“

[7]) Dahin wird auch namentlich gehören die Erklärung der Worte: et interpositis propter actiones cautionibus.

[8]) Was uns indeſſen natürlich nicht hindern ſoll, in dem Folgenden fortwährend den allgemeinen Namen Prälegate zu gebrauchen.

auch nicht die Worte Ulpian's in fr. 35 §. 1 de her. inst.: „ac si legatum accepisset“; auch ganz abgesehen davon, daß legatum im weitern Sinne der Ausdruck für ein jedes Vermächtniß ist*), läßt sich aus diesen Worten weder folgern, daß eigentliche Legate auch da angenommen werden durften, wo sie nicht formell und ausdrücklich angeordnet waren, noch daß die uns hier angehende Behandlung der res certae schon zur Zeit der Alleinherrschaft der Legate bestand, sondern sie sagen nur, in der dort fraglichen Beziehung (Platzgreifen der Falcidia) sei es einerlei, ob die als vorhanden angenommene Anordnung Fideikommiß oder Legat in einer seiner Formen sei, da jedes irgendwie angeordnete Vorvermächtniß der Falcidia gerade so gut unterworfen ist wie ein simples Vermächtniß; überhaupt sahen wir ja schon oben, wie diese Worte nicht auf die Art des angenommenen Vorvermächtnisses, sondern darauf Gewicht legen, daß hier eine Verfügung, welche nicht formell und ausdrücklich als Vorvermächtniß angeordnet ist, juristisch als ein solches behandelt wird.

Ferner wird unsre Behauptung dadurch unterstützt, daß wir für die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse durchaus keine Stelle aus der Zeit der Alleinherrschaft der Legate in dem Vermächtnißgebiete, oder auch nur aus der Zeit vor erstarkter Fideikommißtheorie haben. Die beiden einzigen Stellen bezüglich des Testamentes eines paganus sind die oben angezogenen fr. 35 und fr. 78 pr. D. de her. inst.; die letztere rührt von Papinianus her, und in der ersteren beruft sich Ulpian bezüglich der fraglichen Behandlung auf die Auktorität Papinian's. — Nun könnte uns eben der Umstand, daß keine dieser Stellen älter ist als Papinian, sowie das Berufen auf denselben von Seiten Ulpian's, verbunden mit der Betrachtung, daß überhaupt viele Fälle stillschweigender Fideikommisse erst seit der Zeit

*) fr. 87 D. de leg. III. et fideicommissum, et mortis causa donatio appellatione legati continetur.

von Severus und Antoninus, alſo auch ſeit Papinian's Zeit, gangbar wurden [10]), zu der Annahme bewegen, gerade Papinianus ſei der Begründer jener Behandlung unſrer res certae geweſen, allein eine genauere Betrachtung zeigt, daß dem nicht ſo iſt: Papinian ſelbſt ſagt in fr. 78 pr. cit. bezüglich dieſer Behandlung: constitit, es war alſo ſchon vorher anerkannter Rechtsſatz, der überhaupt ſchwerlich der Auktorität eines einzelnen Juriſten ſeine Entſtehung verdankt, wie ja Ulpian ſelbſt vorher in princ. des fr. 35 die Behandlung mit den ganz allgemeinen Worten: dicebam, receptum esse etc. angiebt; beſonders aber iſt zu beachten, daß für das Teſtament eines miles ſchon Gajus (für deſſen Zeit wir ganz gut bereits die Möglichkeit ſtillſchweigender Fideikommiſſe annehmen dürfen) in fr. 17 pr. D. de test. mil. (29, 1) ganz dieſelbe Behandlungsart in einem Falle ausſpricht, da der miles ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt hatte, und zugleich die res certae das geſammte Vermögen des Teſtators erſchöpften [11]). — In-

---

[10]) S. oben S. 86 Note 25.

[11]) Dieſe Stelle werden wir unten im zweiten Kapitel näher kennen lernen. Hier nur ſoviel, als es der gegenwärtige Zuſammenhang fordert: es wird mit Recht allgemein angenommen, daß dieſelbe nichts als eine Anwendung des bereits jure communi Geltenden auf das Teſtament des miles iſt (Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XLII, S. 93, Note 35), es liegt durchaus kein Grund vor, warum bei dem Soldaten die Behandlung der res certae hier früher ſtattgefunden haben ſollte, als bei dem Nichtſoldaten; daß Papinian in fr. 78 pr. D. cit. mit den Worten beginnt: qui non militabat, kann man namentlich nicht ſo deuten, als ob er das bisher nur für den Soldaten Geltende auf den Nichtſoldaten ausgedehnt hätte; vielmehr hob er den Umſtand, daß es ſich um das Teſtament eines paganus handle, darum hervor, weil wenn ein miles ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt, dieſe res, wie wir ſpäter ſehen werden, in der That nicht immer als Vorvermächtniſſe behandelt werden (beſonders nicht, wenn die res nicht zugleich des Soldaten geſammtes Vermögen erſchöpfen, ein Fall, der in fr. 78 pr. cit. ſehr wohl angenommen werden kann, da der Teſtator außer dem väterlichen und mütterlichen Vermögen doch wohl noch eigenes gehabt haben wird), und ſelbſt da, wo auch bei

deſſen wenn auch hiernach Papinian nicht als der erſte Begründer jener Behandlung angeſehen werden kann [12]), ſo iſt es doch wahrſcheinlich, daß vorzugsweiſe er ſich mit Detailfragen auf den Grund der bereits anerkannten Behandlungsart beſchäftigt hat, und hierauf mag ſich das »ut Papinianus ait« des Ulpian beziehen; das Geſagte wird um ſo wahrſcheinlicher, da wir in Behandlung einer unſren institutiones ex re certa ganz ähnlichen Anordnung, welche wir in den nächſten Paragraphen kennen lernen werden, gerade den Papinianus beſonders thätig finden. Daß ſich nun dennoch in den Pandekten nur eine einzige Stelle von Papinian (fr. 78 pr. cit.) über unſre Frage findet, mag ſich daraus erklären, daß ſich Ulpian in fr. 35 ſo ausführlich über unſre institutio ex re certa verbreitet hat, daß die Compilatoren durch Aufnahme dieſer letzteren Stelle die Lehre im Ganzen für genügend erörtert gehalten haben.

Gerade durch die Rückſicht, daß die Behandlung der res certae als Vorvermächtniſſe erſt auf den Grund der erſtarkten Fideikommißtheorie aufgekommen iſt, erhalten denn auch die in

---

dem miles die res certae als Prälegate behandelt werden, ſind ſie doch, wie überhaupt Vermächtniſſe der Soldaten, nicht dem Abzuge der Falcidia unterworfen, ſo daß jedenfalls der Schluß des fr. 78 pr. cit. nur für einen paganus paßt. Cujac. ad h. l.

[12]) Schon darum iſt die Anſicht von Cujacius ad l. 35 und l. 78 pr. D. citt. unwahrſcheinlich, daß Ulpian in erſterer Stelle ſich gerade ſpeciell auf dieſe letztere von Papinian herrührende Stelle bezogen, alſo gewiſſermaßen einen Commentar zu ihr geliefert habe; dieß wird noch unwahrſcheinlicher, wenn man bedenkt, daß fr. 78 pr. ſelbſt keine Regel ausſpricht, ſondern nur einen vorgelegten Fall nach einer bereits beſtehenden Regel entſcheidet; die Anſicht wird aber geradezu unmöglich, da Ulpian ſich ſpeciell bei der Frage nach dem Antheile an den Erbſchaftsſchulden auf Papinian beruft, gerade rückſichtlich der Erbſchaftsſchulden aber in dem Falle des fr. 78 pr. (wie wir in §. 12 ſehen werden), andere Grundſätze von Papinian vorausgeſetzt werden als diejenigen ſind, welche in den Fällen des fr. 35 pr. gelten. Wir müſſen vielmehr ſagen, die Stelle Papinian's, auf welche ſich Ulpian beruft, iſt uns nicht mehr erhalten.

§. 9 genannten Stellen, fr. 9 §. 13, fr. 10. fr. 11 D. de her. inst. (ſ. oben S. 133—136) ihr rechtes Licht. Allerdings ſagen dieſelben lediglich, die Eingeſetzten ſeien in den hier vorausgeſetzten Fällen in der Regel als heredes aequis ex partibus zu behandeln, als wären weder Sachen, noch beziehungsweiſe Theile der Sachen genannt, ſie erwähnen nicht zugleich auch, daß hier daneben die res certae als Prälegate zu behandeln ſeien; allein man würde irren, wenn man glauben wollte, darum fände in den hier vorausgeſetzten Fällen die Behandlung der res certae als Prälegate auch wirklich nicht ſtatt, und es ſei in letzterer Rückſicht etwa zu unterſcheiden zwiſchen dieſen und den in fr. 35 und 78 pr. D. de her. inst. genannten Fällen. Vielmehr verhält ſich die Sache ſo: jene drei Stellen haben gar nicht die Abſicht, die Behandlung der fraglichen Inſtitutionen nach allen Seiten hin darzulegen, ſie wollen lediglich die Geſtaltung der Erbſchaftsquoten angeben, da in den hier unterſtellten Fällen gerade die Frage zweifelhaft ſein konnte, ob auch hier, wie ſonſt, die Eingeſetzten als Erben zu gleichen Theilen gelten ſollen; die Antwort auf dieſe Frage geben ſie nun, und zwar geſtützt auf die Auktorität des Sabinus, beziehungsweiſe des Proculus ſo, wie wir es oben kennen gelernt haben; zur Zeit dieſer Letztgenannten Juriſten war nun allerdings mit der Beantwortung dieſer Frage zugleich die ganze juriſtiſche Behandlung dieſer Fälle abgethan, damals gab es noch keine ſtillſchweigenden Fideikommiſſe, und eben dieß mochte die Verfaſſer jener drei Stellen (Javolenus, Ulpian, Paulus) bewogen haben, auch nur dieſe Seite der Behandlung in das Auge zu faſſen; Stellen, welche ſich nur auf die Auktorität jener Juriſten (Sabinus, Proculus) beziehen, konnten natürlich von der Behandlung der res certae als Prälegate nicht ſprechen; dieß hindert aber nicht, daß zur Zeit der Verfaſſer jener drei Stellen auch in den darin genannten Fällen die res certae als Prälegate aufgefaßt wurden, natürlich mit Ausnahme des am

Schluſſe des fr. 9 §. 13 D. de her. inst. enthaltenen Falles, wenn die voluntas testatoris manifestissime dahin geht, daß durch die an der Sache ausgedrückten Quoten zugleich die Quotentheilung ſeines Vermögens überhaupt bezeichnet ſein ſolle [13]) (S. 134). — Gerade der Umſtand alſo, daß bei Relation der Meinung des Sabinus und Proculus nur die eine Seite der Behandlung dieſer institutiones (Beſchaffenheit der partes hereditariae) hervorgehoben wird, enthält einen weiteren Beweis dafür, daß zur Zeit dieſer Auktoritäten die weitere Seite der Behandlung (Auffaſſung der res certae als Prälegate) noch nicht beſtanden hat.

Sowie wir nun oben in dem erſten Abſchnitte geſehen haben, daß die juriſtiſche Behandlung, welche ſich für den Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieſer aber auf eine res certa, eingeſetzt iſt, in dem neueſten Rechte herausſtellt, nicht auf einmal entſtanden iſt, ſo nehmen wir nach allem Bisherigen auch für den Fall, da ſämmtliche Miterben auf res certae inſtituirt ſind, eine nur allmählige Wendung und Vervollkommnung der rechtlichen Behandlung wahr. Anfangs, gewiß ſchon vor Sabinus, wohl ſchon zur Zeit des Aquilius Gallus, war nur der allgemeine Satz anerkannt: die Erbenqualität wird auch hier aufrecht erhalten detracta rerum mentione, und zwar blieb die rerum mentio in jeder Beziehung unbeachtet, für das Gerufenſein (für Qualität und Quantität der Erbtheile) wie für das Bekommen, d. h. gerufen galten die ex rebus certis instituti als heredes aequis ex partibus scripti, und nach dieſer Rückſicht bekamen und theilten ſie auch unbedingt das Vermögen.

---

[13]) Dieß erkennt ſchon die Gloſſe an, ſ. Gloss. Accursii ad l. 10 D. de her. inst. verb. fundum: „quantum ad partes hereditarias, sed jure praelegationis hoc habent“. — S. auch Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XL, S. 182. — Im Falle das fr. 11 D. de her. inst. gelten daher die duo Titii in Bezug auf die insula, auf welche ſie inſtituirt ſind, als collegatarii.

Später (Sabinus) faßte man Fälle in das Auge, in welchen es zweifelhaft ſein konnte, ob nicht die Abſicht des Teſtators die war, mit Erwähnung der Sachen ſollten nur die Quotentheile der Erbſchaft überhaupt ausgedrückt ſein, und man entſchied ſich für Anerkennung des natürlichen Satzes, daß, wenn wirklich dieſe voluntas testatoris manifestissime vorliege, ihr gemäß die Einſetzungen auch zu behandeln ſeien, womit in dieſen Fällen die ganze Sache abgethan war. Für die übrigen (häufigſten) Fälle galt vor wie nach der alte Geſichtspunkt, bis auf den Grund der erſtarkten Fideikommißtheorie hier die Neuerung, im Intereſſe möglichſter Berückſichtigung der voluntas testatoris, eintrat, daß die rerum mentio wohl für das Gerufenſein, aber nicht mehr auch für das Bekommen detrahirt werden ſolle, d. h. die Eingeſetzten, obwohl als Erben gerufen aequis ex partibus, ſollten daneben doch gerade die Sachen, auf welche ſie der Teſtator inſtituirt hat, als Präſideikommiſſe, und zwar ganz nach den Grundſätzen der Vorvermächtniſſe, bekommen.

II. Für die Fälle dieſer letzteren Art haben wir nun weiter die Behandlung des abgeſehen von den res certae etwa vorhandenen Activ- und Paſſiv-Vermögens zu betrachten.

Was zunächſt die Erbſchafts-Schulden betrifft, ſo ſagt uns Ulpian in §. 1 des fr. 35 D. de her. inst. ausdrücklich, daß dieſelben von den Eingeſetzten pro hereditariis partibus, alſo nach Maaßgabe der ihnen detracta rerum mentione künſtlich geſchaffenen Erbtheile, zu tragen ſind.

> Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat; et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos.

Dieß iſt nichts als eine nothwendige Folge der Art, in welcher die fraglichen Erbeseinſetzungen aufrecht erhalten werden;

denn es ist ein allgemeiner Satz, daß die Schulden pro rata hereditaria auf die Erben übergehen, da Obligationen, als eng verbunden mit ihren ursprünglichen Subjekten, nur auf diejenigen übergehen, welche mit den ursprünglichen Subjekten juristisch Eine Person werden, und nur soweit sie dieß werden [14]). Darum gilt dieser Satz auch dann, wenn den Erben zugleich Prälegate hinterlassen sind, denn nach Maaßgabe dieser repräsentiren sie den Erblasser nicht, und darum bildet (worauf die Schlußworte der eben erwähnten Stelle hindeuten sollen) der Werth der prälegirten Objekte nicht den Maaßstab für den Antheil an den Schulden [15]). Ob vielleicht doch ausnahmsweise in gewissen Fällen eine andere Haftung für gewisse Schulden auf indirektem Wege herbeigeführt werden muß, soll erst unten bei der Einzelngestaltung (§. 12) gefragt werden; den Grundsatz berührt es nicht, denn es kann nichts unserer institutio ex re certa Eigenthümliches sein, sondern nur durch die etwaige besondere Beschaffenheit der Gegenstände, auf welche die Erben instituirt sind, veranlaßt werden, und zwar dann ganz nach den Grundsätzen, welche überhaupt gelten, wenn Sachen gerade dieser Beschaffenheit wirklich vermacht sind. — Ebenso wird erst weiter unten hervorzuheben sein, daß das Vorhandensein von Erbschaftsschulden auf das Bekommen der res certae denselben Einfluß haben muß, wie auf das Bekommen aller Prälegate.

Ist außer den res certae noch weiteres Activ-Vermögen (corpora oder Forderungen) vorhanden, so versteht es sich zunächst aus der Art und Weise der Aufrechterhaltung unserer Erbes-

---

[14]) v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. XIX, S. 80, Note 3.

[15]) c. 1 C. si certum petatur (4, 2). Neque aequam neque usitatam rem desideras, ut aes alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu et frater coheres tuus, sed pro aestimatione rerum praelegatarum, quum sit explorati juris, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere.

einſetzungen, daß auch hierauf die Inſtituirten gerufen ſind. Eine andere Frage aber iſt, ob ſie daſſelbe auch bekommen, oder ob neben der Erbenqualität und dem Zuweiſen der res certae die Beſchränkung auf dieſelben in indirekter Weiſe aufrecht erhalten wird. Nach allgemeinen Grundſätzen muß man ſagen, ſie bekommen es, denn es greift auch hier die Regel, welche wir ſchon in dem erſten Abſchnitte kennen gelernt haben, ein: wenn nicht erſichtlich iſt, zu weſſen Gunſten den Erben eine Beſchränkung beigefügt, oder etwas ausgenommen iſt (und dieß iſt bei einer bloßen institutio ex re certa nicht erſichtlich), ſo bekommen ſie mit Rechtsnothwendigkeit Alles. Eine ausdrückliche Stelle darüber, daß dieſer Grundſatz auch hier wirklich gilt, haben wir nun nicht, wohl aber ſcheint eine Stelle ausdrücklich das Gegentheil zu ſagen, alſo daß in der That die Erben nicht mehr als die ihnen zugewieſenen Sachen bekommen ſollen. Es iſt dieß der Anfangsſatz, womit Ulpian in fr. 35 pr. D. de her. inst., wie einen allgemeinen Geſichtspunkt aufſtellend, die juriſtiſche Behandlung unſerer institutiones ex re certa einleitet.

> Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem; sed ita, ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi.

Gerade weil nun dieſe ſo unbedingt ausgeſprochenen Worte mit dem vorhin genannten erbrechtlichen Principe in direktem Widerſpruche ſtehen, und es ſich darum nicht annehmen läßt, daß dieſelben auf unſere Fälle der institutio ex re certa unbedingt angewendet werden können, haben denn manche Juriſten die Behauptung aufgeſtellt, dieſer Satz beziehe ſich überhaupt nicht auf den Fall, wenn ſämmtliche Miterben auf res certae inſtituirt ſind, vielmehr ausſchließlich auf den, unten in dem dritten Abſchnitte zu erörternden, Fall, wenn neben anderweit (gehörig) eingeſetzten Erben Einer auf eine res certa inſtituirt ſei, denn

hier allein ſei es wirklich wahr, daß der ſo Eingeſetzte nichts weiter als ſeine Sache erhalte [16]). Weil nun aber, auf dieſen Fall bezogen, jene Worte außer allem Zuſammenhang ſtehen mit den in fr. 35 pr. cit. unmittelbar darauf folgenden: Ita igitur res accipietur u. ſ. w., indem ſofort zur Erläuterung ein Fall vorgetragen wird, in welchem ſämmtliche Miterben auf res certae (der Eine auf den fundus Cornelianus, der Andere auf den fundus Libianus) inſtituirt ſind, und überhaupt nur ſolche Fälle in fr. 35 cit. beſprochen werden, haben einige jener Juriſten zugleich weiter behauptet, die Stelle habe erſt durch Tribonian und die Compilatoren ihre jetzige Geſtalt erhalten, es fehle etwas zwiſchen beiden genannten Sätzen, und gewiß habe ſich urſprünglich Ulpian zwiſchen denſelben mit noch mehr Worten über die Behandlung eines heres ex re certa institutus ausgeſprochen [17]).

---

[16]) So Francke, Recht der Notherben S. 339, welcher hiernach dieſe Worte als einen Hauptbeweis dafür anſieht, daß der heres ex re certa institutus auch in dieſen Fällen wirklich als Erbe gelte. Ebenſo Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XL, S. 173, Note 11, während er früher in Bd. XXXVI, S. 352, Note 91 der zweiten, oben anzugebenden Anſicht beiſtimmte.

[17]) So Cujac. Paratitla ad Pand. ad h. l. — Ebenſo meint Volkmann diss. de heredibus ex re certa scriptis §. 8, die Stelle könne urſprünglich etwa Folgendes enthalten haben: eine institutio ex re certa gelte überall als institutio utilis, obgleich der Inſtituirte dann, wenn er mit anderweit Eingeſetzten concurrire, ſo nahe einem Legatar ſtehe, daß er nichts anders als die res certa erhalte; größer ſei die Wirkung, wenn der alleinige Erbe auf eine res certa inſtituirt ſei, denn er erhalte hier das ganze Vermögen, oder wenn mehrere Miterben vorhanden ſeien, deren jeder auf eine res certa eingeſetzt ſei, wo dann die Sache ſo aufzufaſſen ſei, daß ſie die res certae als Prälegate erhalten, in das übrige Vermögen aber zu gleichen Theilen ſuccediren, als ſeien ſie sine parte inſtituirt. — Ferner vermuthet v. Buchholtz, Prälegate, S. 11, Note 54: hinter den Worten ita igitur res accipietur (welche ſich allerdings ſchon urſprünglich an consequi angeſchloſſen hätten) könne etwa Folgendes ausgefallen ſein: si unus ex re certa, alii ex parte sive ex asse sunt heredes scripti. Aliter res se habet, si omnes heredes ex certa re sunt scripti, und nun habe es weiter ſo geheißen, wie die Stelle ſagt: verbi gratia, pone duos esse heredes etc.

— Gerade umgekehrt beziehen Andere [18]) jene Worte ausſchließlich auf die Fälle, wenn ſämmtliche Miterben auf res certae inſtituirt ſind, eben weil das ganze fr. 35 cit. lediglich von Fällen dieſer Art handelt; damit will indeſſen keiner dieſer Juriſten behaupten, daß die Stelle unbedingt und buchſtäblich zu verſtehen ſei, ſo daß die Erben wirklich von dem etwaigen übrigen Vermögen nichts bekämen, ſondern es gibt z. B. v. Löhr jenen Worten den Sinn, daß Jeder in Gefolge ſeiner institutio ex re certa nur dieſe res certa erhalte.

Meiner Anſicht nach iſt es unzweifelhaft, daß jene Worte ſich in der That auf die Fälle beziehen, in welchen ſämmtliche Miterben auf res certae inſtituirt ſind; ob ſie ſich vielleicht zugleich auch auf den Fall beziehen laſſen, wenn neben anderweiten Miterben ein heres ex re certa institutus vorkommt, mag hier vorerſt auf ſich beruhen, da dieß zu eng mit der Frage zuſammenhängt, ob hier dieſer Inſtituirte wirklich als ein heres zu betrachten iſt, wir werden daher in dieſer Rückſicht unten im dritten Abſchnitte noch einmal auf unſere Stelle zurückkommen; hier ſoll nur das behauptet werden, daß die Meinung nicht richtig iſt, dieſe Stelle betreffe lediglich dieſe Fälle, und ſei gar nicht auf die uns in dieſem zweiten Abſchnitte beſchäftigenden Fälle der institutio ex re certa zu beziehen. Zu meiner Anſicht führen aber folgende Betrachtungen. Gehörte die Stelle nicht hierher, ſo wäre es augenſcheinlich höchſt auffallend, daß ſie ſich dennoch hier findet, da die unmittelbar darauf folgenden Worte als Beiſpiel einen Fall erwähnen, in welchem ſämmtliche Miterben auf res certae inſtituirt ſind, und überhaupt das ganze fr. 35 cit. ſich lediglich

---

[18]) So ſchon die Glossa ad h. l. verb. „rerum“ ſagt: et tunc si nullus est alius, hic totum habebit, ut l. 1, §. 4 D. h. t. (de her. inst.). Si vero alius est: aut ex universo, et tunc habebit locum c. 13 C. h. t. (de her. inst.), aut ex re certa, et tunc habet locum, quod hic dicit. — Ebenſo v. Löhr in v. Linde's Zeitſchr. Bd. XIX, S. 75, Note 2.

mit Fällen dieſer Art befaßt. Dieſes Auffallende ließe ſich nun allerdings durch Annahme eines Tribonianismus wegräumen, allein eine ſolche Annahme muß auf das Entſchiedenſte zurückgewieſen werden, und zwar aus zwei Gründen: zunächſt wäre das dabei eingehaltene Verfahren ſo ungeſchickt geweſen, daß wir es den Compilatoren unmöglich zutrauen dürfen, ſie hätten dann gerade dasjenige weggelaſſen, was für den Verlauf der Stelle nothwendig und wichtig iſt, das Unwichtige aber, und von Ulpian dann nur im Vorbeigehen bemerkte, hätten ſie ſtehen gelaſſen; ſodann aber lag durchaus keine Veranlaſſung zur Corruption und Abkürzung hier vor, indem, wie ſchon früher (ſ. oben S. 127 und 153) bemerkt, dieſes umfangsreiche fr. 35 D. de her. inst. gerade darum in die Pandekten aufgenommen zu ſein ſcheint, weil es ſich ſo recht ex professo über die Behandlung der institutio ex re certa verbreitet, es iſt nicht wohl denkbar, daß man die darin enthaltenen allgemeinen Grundſätze im Intereſſe des casus propositus verkürzt oder verändert habe, viel eher hätte ein Motiv vorgelegen, die Erörterungen über die Specialfrage des casus propositus, beſonders den Schluß der Stelle abzukürzen, da die dort enthaltenen Grundſätze ſich auch anderweit, in der Lehre von den Legaten [19]), angegeben finden. — Liegt ſonach durchaus kein Grund zur Annahme eines Tribonianismus vor, ſo muß die Stelle hierher gehören, das ſcheinbar Auffallende aber, daß ſie dann etwas ſagt, was hier nicht unbedingt und allemal wahr iſt, verſchwindet, wenn man nur in den Worten keinen ausnahmsloſen Grundſatz ſieht, ſondern ſie mit der natürlichen Modifikation verſteht: „ſoweit nicht die ſonſtigen Principien des Erbrechts etwas Anderes mit ſich bringen.“ Es iſt keine neue Bemerkung, daß die römiſchen Juriſten, ſo ausgezeichnet ihre Entſcheidungen gegebener Fälle ſind, doch keineswegs immer in Aufſtellung und

[19]) Z. B. fr. 86 fin. D. leg. III.

Entwicklung abstrakter Sätze stark waren; oft ist aus anderweit anerkannten Grundsätzen das Nöthige zu suppliren oder zu modificiren. So auch hier; das der Behandlung einer institutio ex re certa eigenthümliche, und darum vorzugsweise wissenswürdige, gibt Ulpian in jenen Worten vollständig an, das sich daran wegen sonstiger allgemeiner Grundsätze nach Lage der Sache modificirende läßt er, als sich von selbst verstehend, gleichsam als anderweit bekannt, weg. Und so ist der Sinn jener Worte der:

> man hat angenommen, der heres ex re certa institutus solle als Erbe wirklich gelten (detracta re), bekommen aber soll er bei der Erbtheilung nicht sowohl den ihm künstlich geschaffenen Erbtheil, auf welchen er detracta re gerufen ist, sondern gerade die res certa, und nur die res certa, dieß letztere jedoch nur soweit, als es sich juristisch construiren läßt, d. h. eben soweit nicht anderweite Principien des Erbrechts entgegenstehen.

Ob, so aufgefaßt, die Stelle vielleicht auch auf den Fall paßt, wenn neben dem ex re certa Eingesetzten andere, gehörig eingesetzte Erben vorhanden sind, ob sie vielleicht sogar als der allgemeine Grundsatz für eine jede institutio ex re certa in dem Testamente eines Nichtsoldaten angesehen werden darf, das soll hier noch nicht entschieden werden, jedenfalls ist das gewiß, daß sie hieher gehört zur Behandlung der Fälle, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, und zwar selbst buchstäblich, wenn die res certae das gesammte Vermögen erschöpfen, und das setzen ja die beiden in fr. 35 cit. behandelten Fälle voraus [20]), weßhalb an Fälle dieser Art Ulpian vielleicht vorzugs-

---

[20]) In dem Beispielsfalle (Einsetzung auf den fundus Cornelianus und Libianus) heißt es ausdrücklich, der eine fundus betrage $^3/_4$, der andere $^1/_4$ der Erbschaft, und in dem casus propositus haben gewiß ebenso die res italicae und provinciales das gesammte Vermögen des Testators erschöpft.

weiſe gedacht haben mag; iſt dagegen ein noch unvertheilter Reſt da, ſo gehört die Stelle darum nicht weniger her, ſie iſt hier nur mit jener ſtillſchweigenden, durch anderweit anerkannte Grundſätze gebotenen, Limitation zu verſtehen.

Es iſt denn auch, abgeſehen von der Meinungsverſchiedenheit darüber, ob jene Stelle wirklich hieher gehört, der Satz an ſich allgemein anerkannt, daß, wenn ſämmtliche Erben auf res certae, welche das Vermögen nicht erſchöpfen, eingeſetzt ſind, dieſelben auch den unvertheilten Reſt erhalten. Auch hier übrigens müſſen wir im Genaueren ſagen, es kommt auf die etwaige beſondere Ausdrucksweiſe dieſer institutiones nicht an, es iſt namentlich einerlei, ob dieſelben angeordnet ſind direkt als Einſetzungen auf res certae, oder als Ausſchluß von res certae (z. B. A und B ſollen meine Erben ſein mit Ausnahme meines Hauſes), auch hier erhalten in dem letztern Falle nicht die Inteſtaterben das Ausgenommene als Fideikommiß; es iſt ferner einerlei, ob der Teſtator ausdrücklich das Verbot beigefügt hat, die Eingeſetzten ſollten nicht mehr als die ihnen zugewieſenen Sachen bekommen, oder nicht; auch hier iſt im erſtern Falle weder das ganze Teſtament als nichtig anzuſehen, noch darf das Uebrige als Fideikommiß zu Gunſten der Inteſtaterben aufgefaßt werden. Kurz es kehren auch hier alle diejenigen Bemerkungen zurück, welche wir bereits oben in dem erſten Abſchnitte S. 37—46 und S. 64—73 machen mußten, obwohl die dort angeführten Diſſentienten ihre Meinungen nur für den Fall angeben, wenn nur ein einziger Erbe, dieſer aber auf eine res certa, eingeſetzt iſt, während ſie doch dieſelben conſequent auch in den Fällen unſeres zweiten Abſchnittes wiederholen müßten.

Wenn es nun auch nach dem Bisherigen gewiß iſt, daß die Inſtituirten auch den nach Zuweiſung der res certae etwa noch vorhandenen Reſt des Vermögens bekommen, ſo läßt ſich doch noch weiter fragen, wie, d. h. nach welchem Maasſtabe ſie denſelben bekommen? erhalten ſie denſelben ſo, wie ſie auf ihn gerufen ſind, alſo pro rata hereditaria, oder aber als Einrechnung,

d. h. in möglichſter Ausgleichung des Werths ihres einzelnen Erbtheils, ſo daß die res certa ſelbſt jeder in ſeinen Erbtheil einzurechnen hat? Z. B. die Erbſchaft beträgt 300, A iſt eingeſetzt auf ein Grundſtück im Werthe von 150, B auf ein anderes Grundſtück im Werthe von 50, der unvertheilte Reſt alſo beträgt 100; nach jenem erſten Maasſtabe würde von den unvertheilten 100 Jeder 50 erhalten, ſo daß im Ganzen der A 200, der B 100 hat; nach dem zweitgenannten Maasſtabe bekäme B allein die unvertheilten 100, d. h. juriſtiſch aufgefaßt, der A hätte 50 als ſeine Hälfte an dieſem Reſte dem B zu überlaſſen, indem das Unvertheilte als weiteres Vermächtniß zu Gunſten desjenigen zu behandeln wäre, welchem die kleinſte res certa zugewieſen iſt; hierdurch, ſo ließe ſich zur Rechtfertigung dieſer Art der Zuweiſung ſagen, hätte jeder ſeine res certa, und jeder doch zugleich ſeinen Erbtheil, die Hälfte der Erbſchaft (150); dieſe Ausgleichung würde alſo dadurch erfolgen, daß jeder ſich die res certa in ſeinen Erbtheil einzurechnen, nicht daß er ſie außer ſeinem Erbtheile hat. — Die Quellen geben uns natürlich hierüber keine Entſcheidung, da ſie, wie oben bemerkt, nicht einmal ausdrücklich ſagen, daß die Eingeſetzten auch das Unvertheilte bekommen. Meiner Anſicht nach ſpricht indeſſen gegen die letztgenannte Behandlung Folgendes: eine ſolche Ausgleichung iſt wohl faktiſch und juriſtiſch realiſirbar dann, wenn (wie in dem obigen Beiſpiele) keine der res certae den Werth des Erbtheils überſteigt, allein nicht auch in dem entgegengeſetzten Falle; nun können überhaupt die Fälle ſehr verſchieden ſein, von ſolchen rein faktiſchen und zufälligen Verſchiedenheiten der Größe des Werths der res certae kann aber eine Verſchiedenheit der juriſtiſchen Behandlung nicht wohl abhängig gemacht werden; ferner iſt eine ſolche Behandlung auch ſonſt bei den Prälegaten nicht Regel, und insbeſondere finden wir bei einer letztwilligen Anordnung, welche, wie wir im folgenden Paragraphen ſehen werden, unſern institutiones ex re certa ganz ähnlich iſt, nämlich bei der divisio bonorum, daß eine ſolche Behandlung wohl vor-

kommen kann, aber dieſelbe nur dann angenommen wird, wenn es der Erblaſſer ausdrücklich ſo angeordnet hat, indem ſonſt, alſo im Zweifel, die Erben das Unvertheilte pro rata hereditaria bekommen; ein Grund, warum es hier anders ſein ſollte, iſt aus keiner etwaigen Beſonderheit unſerer institutiones ex re certa erſichtlich. Es iſt daher unzweifelhaft, daß auch unſere Eingeſetzten den Reſt ſo bekommen, wie ſie auf ihn gerufen ſind, alſo pro rata, ſo daß ſie denſelben ganz jure hereditario erhalten, während ſie die res certae (als Prälegate) theils jure legati, theils jure heredis inne haben.

Auch hier iſt übrigens eine Bemerkung anzuwenden, welche wir oben in dem erſten Abſchnitte ausführlich erörtert haben. Wir ſahen in dem Bisherigen: iſt noch ein unvertheilter Reſt des Vermögens vorhanden, ſo läßt ſich die Beſchränkung der Eingeſetzten auf die res certae bei einer bloßen institutio ex re certa nicht aufrecht erhalten, dieß aber nur darum, weil nicht erſichtlich iſt, zu weſſen Gunſten dieſe Beſchränkung gelten ſoll. Gerade deßhalb müſſen wir nun aber auch hier weiter ſagen: wenn zugleich aus einer ſonſtigen Willenserklärung des Erblaſſers erhellt, wer das Uebrige erhalten ſoll, ſo wird dieſe Beſchränkung allerdings aufrecht erhalten, und zwar nach den Grundſätzen der Vermächtniſſe. Dieß nicht bloß dann, wenn das Unvertheilte anderen Perſonen ausdrücklich vermacht iſt, ſondern auch, wenn ohne ausdrückliche und formelle Errichtung eines Vermächtniſſes doch zugleich aus dem die institutiones ex re certa enthaltenden Teſtamente oder aus einer andern Willenserklärung des Teſtators erſichtlich iſt, zu weſſen Gunſten die Beſchränkung der Eingeſetzten auf die res certae gelten ſoll, wo dann die Grundſätze ſtillſchweigender Vermächtniſſe eintreten. Es kehren daher auch hier alle diejenigen Fälle wieder, welche wir in dieſer Beziehung bereits in dem erſten Abſchnitte (S. 91 und 92) kennen gelernt haben, und insbeſondere hat es keinen Anſtand, daß der in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und in fr. 29 D. ad Sct. Treb. enthaltene Fall

der institutio ex re certa in einem zweiten Teſtamente (ſ. oben S. 74 ff.), auch dann, wenn er hier vorkommen ſollte, eine gleiche Entſcheidung herbeiführen muß; allerdings ſpricht das in jenen Stellen referirte Reſcript von Severus und Antoninus nur von einem Falle, in welchem das ſpätere Teſtament die Einſetzung nur eines einzigen Erben enthält, allein eben weil es nur ein Reſcript iſt, konnte es nur von dem zur Entſcheidung vorgelegten Falle ſprechen, die ratio dagegen iſt dieſelbe, auch wenn mehrere Miterben, und zwar ſie ſämmtlich auf res certae, in dem ſpäteren Teſtamente eingeſetzt ſind. Dieß finden wir ausdrücklich dadurch beſtätigt, daß die Baſiliken (oben auf S. 77 citirt), indem ſie den der kaiſerlichen Entſcheidung zu Grunde liegenden Rechtsſatz ohne Erwähnung des Reſcriptes ſelbſt und des darin enthaltenen Falles allgemein ausſprechen, ausdrücklich und ohne Bedenken auch von mehreren heredibus ex re certa institutis reden. — Sowie hier dieſelben Fälle ſtillſchweigender Fideikommiſſe denkbar ſind wie oben in dem erſten Abſchnitte, ſo tritt auch hier dieſelbe rechtliche Behandlung dieſer Fälle ein, wie wir ſie dort (§. 7) kennen gelernt haben; auch hier alſo wird es darauf ankommen, ob die institutiones ex re certa direkt als Einſetzungen auf res certae, oder aber als Ausſchließung von res certae angeordnet ſind; in dem letzteren Falle liegt ein ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß des Ausgenommenen zu Gunſten eines Dritten vor, in dem erſteren Falle dagegen haben die Eingeſetzten die hereditas, beziehungsweiſe ihre portiones hereditariae, an den Dritten zu reſtituiren, und behalten die res certae als, ihnen aus der Erbſchaft zurückgelaſſene, Singular-Vermächtniſſe (vice praeceptionis) zurück, ſo daß ſie dann auch hier wie bloße Legatare aus dem ganzen Verhältniſſe hervortreten.

Ueberblicken wir alle bisherigen Erörterungen (§. 9. 10) über den für die Behandlung des Falles, wenn ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt ſind, geltenden Grundſatz, ſo iſt derſelbe dahin zuſammenzufaſſen: auch hier gelten die Eingeſetzten jedesmal detracta

rerum mentione als Erben, gerufen zum universum jus defuncti, im Weiteren aber kommt es darauf an: liegt offen und entſchieden die Abſicht des Teſtators vor, mit der rerum mentio die Quotentheilung ſeines Vermögens überhaupt bezeichnen zu wollen, ſo beſtimmen ſich demgemäß die Erbſchaftsquoten nach dem Maaßſtabe des Werths der res certae im Verhältniſſe zu dem Werthe der ganzen Erbſchaft; auf die ſo ermittelten Erbſchaftsquoten ſind die Eingeſetzten gerufen, und dieſe bekommen ſie auch; damit iſt die ganze Behandlung dieſer Fälle abgethan. Liegt dagegen jene Abſicht nicht unzweifelhaft vor, dann ſind die Eingeſetzten zur Erbſchaft *gerufen* aequis ex partibus (ſoferne nicht mehrere derſelben auf ein und dieſelbe res certa gerufen ſind, wo ſie dann auch bezüglich der Erbſchaft ſelbſt als conjuncti gelten), dagegen *bekommen* ſie gerade die ihnen zugewieſenen res certae bei der Erbtheilung als Prälegate (ſtillſchweigende Präſideikommiſſe), und zwar ganz nach den Grundſätzen der Prälegate; ebenſo bekommen ſie das außer den res certae etwa noch übrige Vermögen, und zwar pro rata hereditaria, es ſei denn, daß zugleich aus einer ſonſtigen Willenserklärung des Teſtators erhellt, zu weſſen Gunſten ſie auf die res certae beſchränkt ſein ſollen, wo dann dieſe Beſchränkung in vorhin genannter Art auf dem Wege der Vermächtnißtheorie aufrechterhalten wird.

§. 11.

Fortſetzung. (Vergleichung mit der divisio bonorum.)

Betrachten wir nun den gewöhnlichen, eigentlich allein einer eigenthümlichen Behandlung bedürfenden, Fall unſerer institutio ex re certa, wenn nämlich der Erblaſſer nicht die bloße Abſicht hatte, mit der rerum mentio die Quoten der Erbſchaft überhaupt bezeichnen zu wollen, und halten dabei im Auge, daß dieſe Anordnung rechtlich ſo aufgefaßt wird, als habe der Teſtator neben (gehöriger) Inſtitution mehrerer Erben zugleich auch durch Vor-

vermächtniſſe beſtimmt, was jeder derſelben bekommen ſoll, wie die materiellen Vermögensbeſtandtheile unter ſie vertheilt ſein ſollen, ſo führt uns ſchon dieß von ſelbſt darauf, eine gewiſſe Aehnlichkeit zwiſchen dieſer institutio ex re certa und einer anderen, häufig vorkommenden, letztwilligen Dispoſition wahrzunehmen, nämlich der divisio bonorum.

Es wird daher ganz am rechten Orte ſein, den materiellen Gehalt und die rechtliche Behandlung auch dieſer letzteren Verfügung hier etwas näher in das Auge zu faſſen, um darauf hin genauer zu beſtimmen, worin (bezüglich Anordnung und rechtlicher Behandlung) das Aehnliche und das Verſchiedene beider Dispoſitionen beſteht. Es wird ſich zeigen, daß durch die ſo gewonnenen Reſultate ſich nicht nur der Grundſatz, welchen wir bisher für die Auffaſſung unſerer res certae entwickelt haben, noch weiter beſtätigt findet, ſondern daß auch insbeſondere für die Detailbehandlung (§. 12) uns auf dieſem Wege gar mancher Anhaltspunkt an die Hand gegeben wird.

I. Nicht bloß den Eltern unter Kindern, ſondern einem jeden [1]) Erblaſſer, ſofern er überhaupt letztwillig verfügen kann, iſt es geſtattet, eine divisio bonorum unter ſeinen erwarteten Erben anzuordnen [2]); er ernennt ſich hierdurch keine Erben, ſetzt viel-

---

[1]) In der Regel freilich erwähnen die Quellen die Theilung der Eltern unter Kindern, allein in folgenden Stellen findet ſich die divisio auch für andere Erben: fr. 33 D. fam. ercisc. (10, 2). fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9), c. 10 C. fam. erc. (3, 36), c. un. C. de incert. pers. (6, 48), c. 1 C. de except. (8, 36). Auch Nov. 89, cap. 12, §. 3 gehört hieher, denn ſie ſpricht nur von liberi naturales.

[2]) Es wird hier natürlich eine ſolche Anordnung vorausgeſetzt, welche ſich erſt nach des Erblaſſers Tode realiſiren ſoll, nicht auch die (bei uns häufige) Güterabtretung unter Lebenden, welche übrigens, insbeſondere für Kinder, ſchon im Römiſchen Rechte (als widerruflich) erwähnt wird. c. 2 C. Th. fam. erc. (2, 24), ſ. auch c. 30 C. J. de pactis (2, 3). — Ueber den Fall, wenn der Erblaſſer in ein Kloſter tritt, ſ. Nov. 5, cap. 5. Nov. 123, cap. 38.

mehr die Frage, welche Perſonen ihn beerben werden, als anderweit beſtimmt voraus, ſei es als beſtimmt durch Teſtament [3]) (er kann dieſes Teſtament ſchon früher [4]) errichtet haben, aber auch in dem jetzt zu errichtenden mit den Erbeseinſetzungen zugleich [5]) die divisio bonorum vornehmen), oder ſei es als beſtimmt demnächſt durch die Grundſätze der Inteſtaterbfolge [6]), er vertheilt vielmehr nur unter dieſe ſeine erwarteten Erben ſein Vermögen. Er ordnet alſo dadurch nicht an, auf was ſeine künftigen Erben jure heredis gerufen ſein ſollen (denn ſowie er hier die Delation ſelbſt als anderweit herbeizuführend vorausſetzt, ſo muß er auch die rechtlich nothwendige Folge der Delation, die

---

[3]) Viele wollen nur einem ab intestato verſterbenden Erblaſſer die divisio bonorum geſtatten, allein gegen die Quellen, denn die Stellen der Note 1 ſetzen geradezu fremde Erben, welche alſo nur durch Teſtament berufen ſein können, voraus, und unter Kindern wird erwartete Inteſtat-Erbfolge zwar in der Regel unterſtellt, allein eben ſo gut findet ſich, daß ſie in einem Teſtamente eingeſetzt ſind, ſo in fr. 39, §. 5 D. fam. erc. (10, 2). fr. 90, §. 1 D. de leg. I. Nov. 18, c. 7 gibt ſogar den Rath, ein Teſtament zu machen. S. auch Nov. 107, cap. 1. — Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 232, Note 73; v. Buchholtz, Prälegate, S. 235, Note 25.

[4]) Dieß findet ſich in fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[5]) So in fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), c. 10 C. eod. (3, 36), c. 1 C. de except. (8, 36). Nov. 89, cap. 12, §. 3. Ja der Erblaſſer kann die divisio zuerſt anordnen, und ſie ſpäter in einem Teſtamente confirmiren, fr. 39, §. 5 D. fam. erc. (10, 2). — Zu eng drückt ſich daher Göſchen (Vorleſ. über das gem. Civilr. Buch V, §. 902, S. 297) aus, wenn er ſagt: wer erben ſolle, werde bei der divisio bonorum als ſchon anderweit beſtimmt vorausgeſetzt, als beſtimmt entweder durch ein früheres Teſtament, oder durch die Geſetze der Inteſtat-Erbfolge.

[6]) Burchhardi, Syſt. u. innere Geſch. des Röm. Privatr., §. 346 i. A. u. S. 1168, Note 89 nimmt an, außer für Kinder ſei bei der Inteſtat-Erbfolge dem Erblaſſer keine divisio geſtattet, allein für dieſe Beſchränkung ſpricht weder ein innerer Grund, noch ein Quellenzeugniß, wenn auch freilich keins ausdrücklich dafür iſt. Das allerdings verſteht ſich von ſelbſt, daß der Erblaſſer auch hier beſtimmte Perſonen als ſeine erwarteten Erben vor Augen haben muß.

Art des Gerufenſeins, vorausſetzen und unverändert laſſen), ſondern er verfügt nur, was die Erben materiell bekommen ſollen; gerade darum wird er in der Regel die durch die demnächſtige Delation entſtehenden Erbſchafts-Quoten, die partes hereditariae, unverändert laſſen [7]), er wird nur die materiellen Vermögensbeſtandtheile, bona in dieſem Sinne, res hereditariae, vertheilen, wie auch die Quellen gerade dieß immer vorausſetzen [8]), und dabei ſagen, der Erblaſſer anticipire durch ſolche Dispoſition gewiſſermaßen das Geſchäft des Erbtheilungsrichters [9]).

Vorausgeſetzt zu einer ſolchen Theilung wird, daß nicht nur, wie natürlich, mehrere Erben erwartet werden, ſondern daß

---

[7]) Ob es nicht vielleicht dennoch rechtlich angehe, auch die partes hereditariae bei einer Theilung zu modificiren, ſoll erſt unten am Ende dieſes Paragraphen gefragt werden.

[8]) Dieß nicht bloß wenn die Theilung in Form von Legaten geſchieht, wo es ſich von ſelbſt verſteht, z. B. fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), ſondern auch wo ſie in Form von Fideikommiſſen oder mit ſimpeln Theilungsworten vorgenommen iſt, z. B. fr. 20, §. 3 D. eod. (onera aeris alieni pro modo possessionem distribuit — bona divisit); f. 39, §. 1 D. eod. (praedia et patrimonium divisit); fr. 39, §. 5 D. eod. (bona divisit, praedia assignavit); c. 10 C. eod. (certae possessiones); c. 1 C. de except. (nomen adscripserat in divisione). Recht deutlich wird es auch ausgeſprochen für Verfügung der Eltern unter Kindern in Nov. 18, cap. 7 und Nov. 107, nämlich nur allein in cap. 1 der Nov. 107, wo von dem Teſtamente der Eltern unter Kindern die Rede iſt, wird von unciae geredet, in quibus scripsit eos heredes, dagegen überall ſonſt, wo von bloßer divisio die Rede iſt, heißt es in Nov. 18, cap. 7 res suas distribuere, substantiam dividere, descriptionem facere rerum, quas partiri volucrit, ebenſo in cap. 1 der Nov. 107 wird geſagt: wenn der Erblaſſer aber in dem Teſtamente außerdem (außer den Erbeseinſetzungen) auch noch eine rerum divisio vornehmen wolle u. ſ. w., und in cap. 3 derſelben Nov. heißt es wieder von der divisio: res suas distribuere, bonorum divisio. — Ebenſo deutlich heißt es bezüglich der liberi naturales in Nov. 89, cap. 12, §. 3: liceat etiam in duodecim uncias liberos scribere (es wird hier ausdrücklich vorausgeſetzt, daß der Erblaſſer ein Teſtament errichtet habe) atque inter eos eo quo volunt modo res dividere.

[9]) fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), c. 8 pr. C. de inoff. test. (3, 28), c. 21 C. fam. erc. (3, 36): si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater declaravcrit.

auch entweder an Jeden [10]), oder doch an Mehrere derſelben [11]) Erbſchafts-Objekte ausgetheilt werden, denn wird bloß einem Einzigen ein Objekt beſonders zugewieſen, ſo iſt dieß ſchon nach natürlicher Betrachtung keine Theilung zu nennen [12]). Rückſichtlich der Objekte iſt gleichgültig, ob das geſammte Vermögen vertheilt wird, oder ob ein Reſt unvertheilt bleibt [13]), ob ferner dem Quantum nach die Theile von gleicher, oder (ſelbſt wenn die Erben auf gleichgroße partes hereditariae gerufen werden) von ungleicher Größe ſind, ebenſo kommt auf die Qualität der res hereditariae nichts an, nicht bloß Aktiva (körperliche Sachen wie Forderungen), ſondern auch Schulden [14]) können vertheilt werden. Angeordnet kann die Theilung werden entweder in

---

[10]) Dieß findet ſich am häufigſten in den Quellen, in c. 10 C. fam. erc. (3, 36) heißt es ausdrücklich: inter omnes heredes, ſonſt gewöhnlich (bei Theilung unter Kindern) allgemein inter filios, in filios: fr. 20 §. 3, fr. 32, fr. 39 §. 1. 5 D. fam. erc. (10, 2), fr. 77 §. 8 fin. D. de leg. II. fr. 23 D. de adim. (34, 4). c. 8 C. de inoff. test. (3, 28). Ebenſo drücken ſich ganz allgemein aus: c. 16, 21, 26 C. fam. erc. (3, 36). Nov. 89 cap. 12 §. 3. Nov. 23 cap. 38. fr. 90 §. 1 D. de leg. I. fr. 34 §. 3 D. de leg. III.

[11]) So werden in Nov. 107 c. 1 die Fälle, wenn unter allen und wenn nur unter einigen Kindern getheilt wird, ausdrücklich auf Eine Linie geſtellt.

[12]) Fälle, in welchem nur einem Einzelnen der Erben etwas beſonders zugewendet wird, kommen allerdings vor, ſowohl in Form von Vermächtniſſen, fr. 77 §. 8 D. de leg. II: evictis praediis, quae pater — — verbis fideicommissi filio reliquit — als auch mit ſimpeln Worten angeordnet, fr. 20 §. 5 D. fam. erc. (10, 2): si uni ex heredibus onus aeris alieni injungitur citra speciem legati —; wieweit die Behandlung ſolcher Fälle und der eigentlichen divisio dieſelbe oder eine verſchiedene iſt, wird ſich noch weiter unten zeigen.

[13]) Für jeden dieſer Fälle finden ſich ſchon in den bisher mitgetheilten Stellen hinreichende Belege, ſ. z. B. Nov. 18 cap. 7: si quis velit bona sua inter liberos distribuere, vel omnia, vel etiam quaedam praecipua relinquere.

[14]) Für alle dieſe Objekte finden ſich Beiſpiele in den in Note 8 auf Seite 170 cit. Stellen.

einem Teſtamente (dieß natürlich nur für Teſtamentserben zugleich mit ihren Inſtitutionen), oder in einem Codicille [15]) (dieß ſowohl für bereits inſtituirte Teſtaments- wie für Inteſtaterben), und für die Theilung der Eltern unter Kindern ſind ganz beſonders formfreie Dispoſitionen geſtattet [16]). Was endlich die Ausdrucksweiſe der Zuweiſung betrifft, ſo kann der Erblaſſer die zu vertheilenden Objecte ausdrücklich als Legate [17]) oder als Fidei-

---

[15]) Man ſagt (z. B. Fritz, Teſt. der Eltern unter Kindern §. 5, Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 164, 165), eine divisio bonorum, auch wenn ſie nicht von Eltern, ſondern von anderen Erblaſſern angeordnet ſei, habe urſprünglich gar keiner Form bedurft, auch ganz abgeſehen von der damaligen Formloſigkeit der Codicille, denn divisiones ſeien keine Codicille geweſen, und man ſtreitet nur darüber, ob, nachdem die Codicille an die Form der Zuziehung von fünf Zungen gebunden ſind, dieſe Form auch für ſolche divisiones nöthig ſei? Gegen dieſe Auffaſſung aber iſt zu bemerken: es iſt nicht erwieſen, daß Erbtheilungen anderer Perſonen als Eltern keiner Form bedurft haben, d. h. auch ohne Codicill oder Teſtament gültig waren, vielmehr mußten ſie entweder mit der Erbeseinſetzung im Teſtamente oder in einem Codicille geſchehen, dieß bezeugen alle Stellen, welche wir für ſolche Theilungen haben (citirt oben Seite 168, Note 1), denn in fr. 33 D. fam. erc. (10, 2) iſt die Theilung ausdrücklich in Legatsform gekleidet, in fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9) heißt es ausdrücklich, die Theilung habe in einem ſpäteren Codicille ſtattgefunden, in c. 10 C. fam. erc. (3, 36) und in c. 1 C. de exc. (8, 36) wird der Theilende ausdrücklich testator genannt. Daraus geht hervor, daß trotz der damaligen Formloſigkeit der Codicille die Theilung doch nicht ohne alle Form war, denn man muß ſich nur erinnern, daß die Römer unter codicillus nur eine ſchriftliche Willenserklärung verſtanden; ſchriftlich alſo mußte die Theilung geſchehen, wenn ſie nicht mit einem mündlichen Teſtamente verbunden war, die Theilung sine scriptura in fr. 20 §. 3 D. fam. erc. wird hier nur bei einer Theilung unter Kindern erwähnt, daß und warum für dieſe etwas Beſonderes ſchon zur Zeit der juriſtiſchen Claſſiker galt, wird ſich unten zeigen. — Mußte ſonach die Theilung anderer Erblaſſer als Eltern ſchon früher in einem Teſtamente oder Codicille geſchehen, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſie, wenn ſie nicht im Teſtamente geſchieht, im neueſten Rechte unter Beobachtung der unterdeß aufgekommenen Codicillarform angeordnet werden muß.

[16]) Nov. 18 cap. 7. Nov. 107.

[17]) fr. 33 D. fam. erc. (10, 2): si paterfamilias singulis heredibus

kommiſſe [18]) zuwenden, oder aber ſimple Theilungsworte gebrauchen; gerade dieß letztere iſt das Gewöhnliche [19]).

II. Hat nun der Erblaſſer eine divisio bonorum unter ſeinen erwarteten Erben vorgenommen, ſo iſt die rechtliche Geſtaltung folgende.

Die nächſte Folge iſt die, daß bei des Erblaſſers Tode die Erben zur Erbſchaft gerufen ſind pro rata hereditaria [20]), und in derſelben Art auch erwerben, nicht bloß das etwa Unvertheilte wird von einem Jeden nach dieſer Rate erworben, ſondern die Erbſchaft überhaupt, auch die res divisae ſelbſt; ſo daß die einem Einzelnen zugewieſenen Forderungen und Schulden zunächſt dennoch unter Allen pro rata hereditaria getheilt, die einem Einzelnen zugewieſenen corpora aber pro rata hereditaria Allen gemeinſchaftlich ſind [21]). Dieß folgt ganz natürlich daraus,

---

fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit. — fr. 90 §. 1 D. de leg. I. plane si pluribus filiis institutis inter eos verbis legatorum bona diviserit —. fr. 34 §. 3 D. de leg. III : — quum singulis certa praedia et calendaria praelegassit —.

[18]) Dahin gehört nicht ſowohl der Anfang des fr. 77 §. 8 D. de leg. II, denn hier liegt nur ein einzelnes Fideikommiß, keine Theilung, vor (ſ. Note 12 auf Seite 171), wohl aber das in der vorigen Note cit. fr. 34 §. 3 D. de leg. III, worin es weiter heißt : a te autem, fili carissime, peto, —

[19]) Beiſpiele der dafür in den Quellen vorkommenden Worte ſ. in den Stellen der Note 8 auf Seite 170.

[20]) Gleiche Theile brauchen dieß natürlich weder bei der teſtamentariſchen, noch bei der Inteſtaterbfolge zu ſein; bei den Teſtamentserben ſind es partes aequales, wenn der Teſtator ſie nicht ausdrücklich ex disparibus partibus (wie z. B. in fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb.) inſtituirt hat, bei Inteſtaterben ſind es nach Verſchiedenheit der Fälle Kopftheile, Stammtheile, Linealtheile, und ſo verſteht es ſich, daß die Worte der c. 21 C. fam. erc. : — pro virili praeterea portione eorum, qui nulli generaliter vel specialiter adsignaverit, facta divisione — nur ſo zu nehmen ſind, daß dieſes Reſcript einen Fall vor Augen hat, da die Erben überhaupt auf gleiche Theile berufen waren.

[21]) Wenigſtens wenn wir vorerſt von dem Falle abſehen, wenn das corpus mit den Wirkungen eines Vindicationslegat dem einzelnen Erben zugewendet iſt.

daß eine divisio über das Berufensein zur Erbschaft gar nichts bestimmt, und nichts bestimmen kann, dieses vielmehr als anderweit bestimmt voraussetzt; sowie die Delation und die zu deferirenden partes hereditaria durch die rerum divisio unberührt bleiben, so muß auch der Erwerb der Erbschaft zunächst ganz ohne Rücksicht auf die vorhandene divisio nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Erbrechts stattfinden. Erben werden sonach die Gerufenen auf ihre partes hereditariae.

Gerade damit hängt aber auf das Genaueste zusammen, daß nun weiter die den Einzelnen von dem Erblasser durch die divisio zugewiesenen res hereditariae als Vermächtnisse, und zwar als wechselseitige Vorvermächtnisse, rechtlich in Betracht kommen.

Dieß versteht sich zunächst in denjenigen Fällen von selbst, in welchen der Erblasser durch ausdrückliche Anordnung von Legaten oder Fideikommissen (Note 17 und 18 auf S. 173) seine Vermögensbestandtheile vertheilt hat, hier bedarf es nicht einmal einer besondern juristischen Construktion, um sie als Vermächtnisse zu behandeln.

Aber auch wenn, wie gewöhnlich, die divisio nur mit simpeln Theilungsworten angeordnet ist, muß auf das Entschiedenste die Vermächtnißnatur der res divisae behauptet werden; sie gelten, obwohl nicht ausdrücklich und formell als Vermächtnisse angeordnet, doch vermöge juristischer Construktion als solche, sie werden als stillschweigende Vorvermächtnisse behandelt.

Dafür spricht:

1) zunächst mit Rechtsnothwendigkeit die Natur der Sache; denn läßt die Theilung die Delation, die Erbquoten, und den der Delation entsprechenden Erwerb der Erbschaft unberührt, so kann sie juristisch keinen anderen Sinn haben, als daß, wenn Aktiva (corpora oder Forderungen) Einem besonders zugetheilt sind, diesem die übrigen Miterben die intellektuellen resp. reellen An-

theile, welche zunächſt auch ihnen an dieſen Sachen durch den Erbſchaftserwerb de jure zugefallen ſind, abtreten, und daß, wenn ein Paſſivum Einem ausſchließlich, oder auch nur anders, als die partes hereditariae bewirken würden, zugewieſen iſt, dieſer Eine nun auch diejenigen Antheile der Schuld, welche den übrigen Miterben aus dem Erbſchaftserwerbe aufliegen, bezahle. Beides aber iſt nicht anders juriſtiſch zu realiſiren, als durch Auffaſſung der Theilung als Vermächtniſſe (verba fideicommissaria), im erſteren Falle zu Gunſten desjenigen Miterben, welchem das Aktivum zugewieſen iſt, im zweiten Falle zu Gunſten der Miterben (als legatum liberationis), und zur Laſt desjenigen, dem die Schuldenzahlung auferlegt iſt.

2) Die Wahrheit unſerer Behauptung folgt ferner daraus, daß, ſowie in manchen Stellen da, wo der Erblaſſer die res ausdrücklich vermacht hat, geſagt wird, er habe dadurch eine divisio vorgenommen [22]), ſo auch umgekehrt in mehreren Fällen, in welchen ſimple Theilungsworte ohne ausdrückliche Anordnung von Vermächtniſſen gebraucht ſind, die zugetheilten Sachen im Laufe der Unterſuchung dennoch ausdrücklich Vermächtniſſe genannt werden. So wird in fr. 23 D. de adimendis (34, 4) von Papinian eine Theilung ſo erzählt: pater inter filios facultatibus divisis filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit (dieſe Worte ſind ſo allgemein gehalten, daß ausdrückliche Anordnung eines Fideikommiſſes daraus nicht erſichtlich iſt), im Verlaufe wird nun das mit der unterdeſſen noch bei Lebzeiten des Vaters eingegangenen Primipilarforderung von ihm erkaufte Grundſtück, das darum die Tochter bis zum Belaufe von 300 aurei, ſtatt dieſer ſelbſt, haben ſoll, als fidei-

---

[22]) So in fr. 33 D. fam. erc. (10, 2) und fr. 90 §. 1 D. de leg. I (beide citirt in Note 17 auf Seite 172); ebenſo in fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36, 1): datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset.

commissum bezeichnet. Ferner ſagt Papinian in fr. 77 §. 8 D. de leg. II von einer Theilung zunächſt allgemein : — si tamen inter filios divisionem fecit (worin wieder keine Vermächtnißform erwähnt iſt), nennt aber darauf die Antheile der Miterben an der einem Erben zugewieſenen Sache geradezu : partes praelegatae. Ebenſo generell ſpricht in fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9) Papinian zuerſt von der Theilung : si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit, während er nachher das hier einem Erben zugewieſene Objekt legatum nennt. — Bei der Faſſung dieſer Stellen vermag ich nicht v. Buchholtz[23]) beizuſtimmen, welcher annimmt, es ſei hier die Bezeichnung von Vermächtniß als von dem Erblaſſer ſelbſt geſchehen anzunehmen, vielmehr gehören die Ausdrücke fideicommissum, partes praelegatae und legatum lediglich dem Verfaſſer dieſer Stellen an, und zeigen eben, daß die Zuweiſungen, auch wenn ſie von dem Erblaſſer nicht ausdrücklich in Vermächtnißform gekleidet ſind, dennoch rechtlich als Vermächtniſſe bezeichnet und behandelt werden.

3) Endlich ſpricht für unſere Auffaſſung der Umſtand, daß auch bei den mit ſimpeln Theilungsworten angeordneten divisiones ganz die Grundſätze der Prälegate, insbeſondere auch die der wechſelſeitigen Prälegate, gelten. So kann eine divisio nur in derſelben Willensordnung und Form angeordnet werden, in welcher dieſen Perſonen auch ein wirkliches Vermächtniß zugewendet werden kann, was indeſſen erſt weiter unten näher begründet werden ſoll. So findet ferner zur Realiſirung der divisio wie bei allen Prälegaten das judicium familiae erciscundae ſtatt[24]), und ebenſo ſind dieſe Zuwendungen dem Abzuge

---

[23]) Prälegate, S. 241, 242.

[24]) z. B. c. 16, 21, 26 C. fam. erc. (3, 36). Liegt indeſſen ein Fall vor, in welchem die res divisa die Wirkung eines Vindicationslegats haben kann [was, eben auf die Vermächtnißnatur der res divisae hin, ſeit Juſtinians c. 1 C. comm. de leg. et fid. (6, 43) unabhängig von der Wort-

der quarta Falcidia gerade ſo gut unterworfen wie wirkliche Vermächtniſſe; dieß wird uns geſagt ſowohl für derartige Theilungen anderer Erblaſſer als Eltern [25]), als auch der Eltern unter Kindern; die Kinder brauchen die Theilungen nur unter Wahrung der quarta Falcidia anzuerkennen [26]), was, ſolange Pflichttheil und Quart von gleicher Größe war, ohnedieß ſchon ſoviel hieß, als, es darf der Pflichttheil dadurch nicht verletzt ſein [27]), was man aber ſeit Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18, cap. 1 geradezu auch ſo ausdrücken muß, es muß ihnen der Pflichttheil unverkürzt bleiben. Wie ferner bei allen Prälegaten [28]), ſo auch iſt bei ſimpeln Theilungen ein zugetheiltes Objekt, welches mit einem Pfandrecht belaſtet iſt, auf Koſten der Erbſchaft von den vincula pignoris zu befreien, und ſo lange bis dieß geſchehen, darf der Erbe, dem das Objekt zugewieſen iſt, die von ihm den Miterben abzutretenden Antheile an andern Erbſchaftsſachen retiniren [29]). Endlich wie bei allen Wechſelvermächt-

---

form der Anordnung überall eintritt, wo die Sache im Eigenthume des Erblaſſers ſteht, und dieſer ſofortiges Eigenthum daran übertragen wollte, v. Löhr Mag. Bd. IV, S 37 ff.], ſo erwirbt derjenige, welchem die Sache zugetheilt iſt, dieſelbe ſofort mit dem Erbſchaftserwerbe zum alleinigen Eigenthum, ſo daß ſie nicht erſt im jud. fam. erc. ihm adjudicirt zu werden braucht. v. Buchholtz, Prälegate S. 305 ff.

[25]) fr. 20 §. 5 D. fam. erc. (10, 2). fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9). c. 10 C. fam. erc. (3, 36).

[26]) c. 21 und 26 C. fam. erc. (3, 36).

[27]) c. 8 pr. C. de inoff. test. (3, 28). c. 16 C. fam. erc. (3, 36).

[28]) Gaj. II, §. 220. fr. 28 D. fam. erc. (10, 2).

[29]) Ausdrücklich wird uns dieß freilich nur in einem Falle geſagt, da das Objekt durch förmliche Anordnung eines Legats zugetheilt iſt, fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), allein daß es bei einer mit ſimpeln Theilungsworten getroffenen divisio ebenfalls gilt, dürfen wir argum. e contrario ſchließen aus fr. 39 §. 5 D. eod.; daß es in dem darin enthaltenen Falle (welcher eine ſimple Theilung enthält) nicht gilt, hat ſeinen Grund lediglich in der beſonderen Art, wie das Pfandrecht auf das Objekt gekommen iſt, liegt eine ſolche Beſonderheit nicht vor, ſo muß auch bei ſimpler Theilung

niſſen [30]), ſo findet auch bei ſimpeln Theilungen gelegentlich des Abzugs der quarta Falcidia die ſog. compensatio legatorum mutuorum ſtatt [31]).

Liegt noch ein durch die divisio nicht erſchöpfter Reſt des Vermögens vor, ſo iſt es Regel, daß ſämmtliche Erben denſelben pro rata hereditaria unter ſich vertheilen [32]). Anders aber muß ſich dieß geſtalten, wenn der Erblaſſer ausdrücklich verordnet hat, die Erben ſollen ſich die einzelnen ihnen zugewieſenen Sachen in ihren Erbtheil einrechnen. Dieſer Fall kommt in den Quellen ſelten vor, meines Wiſſens nur einmal in fr. 21 §. 5 D. de annuis leg. (3, 31) : Pater duos filios aequis ex partibus instituit heredes, majorem et minorem, qui etiam impubes erat; et in partem ejus praedia certa reliquit, — auch ſagt dieſe Stelle nicht, welche Grundſätze hier gelten ſollen, ſondern beſchäftigt ſich in ihrem ferneren Verlaufe mit einer anderen, uns hier nicht weiter intereſſirenden, Frage. Allein nach dem ganzen Zuſammenhange mit der Behandlung von Theilungen iſt eine ſolche Zuweiſung als ein doppeltes Vermächtniß aufzufaſſen : zunächſt nämlich iſt die zugewieſene Sache für denjenigen, welchem ſie zugewieſen iſt, Vorvermächtniß in dem bisher für Theilungen überhaupt gemeinten Sinne, d. h. die Miterben haben ihm ihre Antheile an der Sache abzutreten; ſodann aber liegt auch zu Gunſten dieſer Miterben ein Vermächtniß in dem Sinne vor, daß denſelben derjenige, welchem jene Sache zugewieſen iſt, ſoviel von dem Werthe ſeiner Erbportion abzugeben hat, als der Werth der an ihn abgetretenen Theile der zugewieſenen Sache beträgt,

---

der Satz des fr. 33 cit. gelten, ſonſt wäre die in fr. 39 §. 5 aufgeworfene Frage überhaupt müſſig. S. auch Fritz, Teſt. der Eltern unter ihren Kindern, S. 14. 15.

[30]) fr. 22 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2).

[31]) fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[32]) fr. 32 D. fam. erc. (10, 2). fr. 34 §. 3 D. de leg. III. c. 21 C. fam. erc. (3, 36).

denn nur wenn die Sache in dieſer Art ausgeglichen wird, kann man ſagen, jene Sache ſei ihm in ſeinen Erbtheil eingerechnet worden. Allerdings bekommt derſelbe hierdurch an Werth im Ganzen nicht mehr, als, auch abgeſehen von der divisio, der Werth ſeiner Erbportion beträgt, allein mit dem Unterſchiede, daß er ex voluntate testatoris das beſtimmte Recht darauf hat, daß ihm bei Auseinanderſetzung der Erbſchaft gerade die beſtimmte, von dem Erblaſſer zugewieſene, Sache zu Theil werde, welches Recht er ohne dieſe Theilungsordnung des Erblaſſers bei Auseinanderſetzung der Erbſchaft nicht hat, vielmehr hier mit einer jeden von dem Theilungsrichter nach deſſen Ermeſſen angeordneten Theilung, wenn ſie nur dem Werthe ſeiner Erbportion entſpricht, zufrieden ſein müßte. — Sollte in unſerem Falle die ihm von dem Erblaſſer zugewieſene Sache etwa mehr werth ſein als ſeine Erbportion, ſo erhält er natürlich dieſes plus des Vorvermächtniſſes ex voluntate testatoris über ſeinen Erbtheil hinaus, denn dieſe Sache ſoll er ja jedenfalls bekommen.

Die in dem Bisherigen ausgeführte Anſicht, daß die res divisae, ſelbſt wenn ſie nicht in Form ausdrücklicher Vermächtniſſe, ſondern nur mit ſimpeln Theilungsworten zugewieſen ſind, doch rechtlich als (ſtillſchweigende) Vorvermächtniſſe zu behandeln ſind, iſt denn auch im Ganzen immer die herrſchende geweſen [33]). In neuerer Zeit aber hat ſich dagegen erklärt Mühlenbruch [34]), indem er (zunächſt nur für die divisio parentum inter liberos, allein es liegt kein Grund vor, warum er daſſelbe nicht auch für die Theilungen anderer Erblaſſer gelten laſſen ſollte) folgende Meinung aufſtellt: freilich bekämen die einzelnen Erben die ihnen zugetheilten Sachen kraft der Anordnung des Disponenten, und, ſoferne keine Gleichheit beobachtet ſei, erhielten diejenigen, welchen

---

[33]) S. die bei Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 241, Note 97, und bei v. Buchholtz, Prälegate, S. 233, Note 18 Citirten.

[34]) In Glück's Comm. Bd. XLII, S. 240—242.

mehr zugewieſen ſei, dieſes Mehrere allerdings als ein „praecipuum“, deßhalb aber dürfe die Meinung nicht für richtig gehalten werden : divisionem a parente factam instar esse praelegati, ſondern es ſei eben nur ein „praecipuum“.

Zunächſt, noch ehe wir Mühlenbruch's Gründe hören, iſt nicht zu verkennen, daß ſeine ſo ausgeſprochene Anſicht von vornherein in doppelter Beziehung an einer Unbeſtimmtheit leidet : einmal nämlich, was ſoll mit dem Ausdrucke praecipuum [35]) gemeint ſein, auf welchem rechtlichen Fundamente ſoll es beruhen, nach welchen rechtlichen Grundſätzen ſoll es beurtheilt werden? Dieſe Frage läßt Mühlenbruch unerörtert, er gibt ſtatt deſſen zwei Unterſchiede zwiſchen praecipuum und eigentlichem Vorvermächtniſſe an, welche unten (Nummer 3, 4) geprüft werden

---

[35]) Das Wort praecipuum findet ſich allerdings in den Quellen, allein nur in der allgemeinen Bedeutung eines zum Voraus Bekommens, ſo daß das rechtliche Fundament und die Behandlung dieſes Voraus immer erſt aus dem Rechtsverhältniſſe, mit welchem es in concreto zuſammenhängt, zu ermitteln, und hiernach nicht immer gleich iſt. So ſoll das, was ein servus communis ex re alterius dominorum erwirbt, von letzterem mit der actio communi dividundo als ein praecipuum verlangt werden dürfen, fr. 45 D. de acq. rer. dom. (41, 1); — der Emancipirte ſoll dasjenige, was ihm vom Vater dignitatis nomine gegeben oder verſprochen iſt, propter onera dignitatis als ein praecipuum, frei von Collationspflicht, haben, fr. 1 §. 16 D. de collat. (37, 6); — das peculium castrense wird rückſichtlich der väterlichen Erbſchaft und der Collationspflicht ein praecipuum genannt, fr. 1 §. 15 D. eod., fr. 23 §. 2 D. de fideic. libert. (40, 5), fr. 4 pr. D. de castr. pec. (49, 17); — was den Kindern a materna linea zufällt, ſoll denſelben nach des Vaters Tode ein praecipuum ſein, und nicht von den Miterben der väterlichen Erbſchaft vindicirt werden können c. 2 C. de bon. mat. et mat. gen. (6, 60); — das praelegatum dotis wird ein praecipuum der Frau genannt in fr. 2 §. 1 D. de dote prael. (33, 4); — ebenſo das Pekulium, welches der Vater in einer epistola ſeinem Sohne gelaſſen hat, fr. 89 pr. D. de leg. II; — und von der Theilung der Eltern unter Kindern ſelbſt heißt es in Nov. 18 cap. 7 : si quis velit bona sua inter liberos distribuere, vel omnia, vel etiam praecipua quaedam relinquere (ἢ καί τινα τυχὸν καταλιπεῖν ἐξαίρετα), womit gemeint iſt, daß Ein Kind oder Einige noch außer ihrem Erbtheile etwas erhalten ſoll, ohne daß über die juriſtiſche Behandlung dieſes plus etwas geſagt iſt.

ſollen. Sodann aber iſt nach Mühlenbruch das Zugewieſene nur dann ein praecipuum, wenn in dem Zutheilen keine Gleichheit beobachtet iſt, wie aber ſoll es ſein, wenn eine Gleichheit wirklich beobachtet iſt, auch hier bedarf doch die Behandlung der divisio einer Zurückführung auf rechtliche Grundſätze; dieſe gibt er für dieſen Fall nicht an, und doch kann auch hier die Realiſirung der Theilung (daß die Miterben die ihnen aus dem Erbſchaftserwerbe zuſtehenden Antheile an der dem Einzelnen zugewieſenen Sache abzutreten haben) offenbar wieder nur auf die Theorie der Vorvermächtniſſe geſtützt werden; ein Vorvermächtniß erfordert nicht nothwendig ein plus im Effekt, ſondern nur dann, wenn nur Einem der Miterben ein Prälegat außer ſeinem Erbtheile zugewendet iſt, während bei gegenſeitigen Vorvermächtniſſen der Effekt der divisio vollkommen dem Werthe der Erbquoten entſprechen kann.

Was nun Mühlenbruch's Gründe ſelbſt betrifft, ſo ſagt er:

1) Wirkliche Vorvermächtniſſe könnten, wie Vermächtniſſe überhaupt, nur in einem Teſtamente oder Codicille errichtet werden, dagegen eine bloße Erbtheilung auch außer Teſtament und Codicill; darum erhielten die res divisae, ſelbſt wenn ſie ausdrücklich als Vermächtniſſe bezeichnet, aber in bloßer Erbvertheilung angeordnet ſeien, nicht die Eigenſchaft wahrer Vermächtniſſe; Anordnung von Vermächtniſſen überſchreite die Gränze bloßer Erbvertheilungen. — Allein zunächſt für die divisio anderer Perſonen als Eltern wurde bereits oben (S. 172, Note 15) erwieſen, daß die Quellen dieſelbe immer nur als in einem Teſtamente oder Codicille angeordnet erwähnen; wir ſind nicht (beſonders nicht durch Hereinziehen von Stellen, welche eine Vertheilung unter Kindern vor Augen haben) zu der Annahme berechtigt, ſie hätte auch in anderer Form, oder ohne alle Form, geſchehen können. Dagegen die Theilungen der Eltern (anfangs nur des Vaters) unter Kindern konnten allerdings

auch außer Teſtament und Codicill vorgenommen werden, dieß aber nur aus dem Grunde, weil überhaupt Fideikommiſſe des Vaters zu Gunſten der Kinder, qualiscunque verbis voluntas expressa sit [86]), galten, und gerade

[86]) Paul. sent. rec. IV, 1 §. 11 : Filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur : sufficit enim inter conjunctas personas quibuscunque verbis, ut in donatione, voluntas expressa. In dieſem Satze (ob derſelbe vielleicht auch von Einfluß auf die Anerkennung der Convalescenz von Schenkungen des Vaters an Kinder mit dem Tode des letzteren war, ſoll hier unerörtert bleiben) finde ich, eben wenn man bedenkt, daß die res divisae als Vermächtniſſe zu behandeln ſind, die ganze Erklärung darüber, daß vom Vater ausgegangene Theilungen in der Form ihrer Anordnung begünſtigt waren. Ich faſſe die allmählige Geſtaltung dieſer beſonders freien Anordnungen ſo zuſammen :

1) Schon zur Zeit der juriſtiſchen Claſſiker konnte der Vater, obwohl natürlich auch Fälle vorkommen, daß er jure communi in einem Teſtamente (fr. 90 §. 1 D. de leg. I, fr. 34 §. 3 D. de leg. III) oder Codicille (fr. 39 §. 1 D. fam. erc.) theilt, die divisio jenem Satze zufolge ohne alle Form anordnen, es genügte, daß ſein Wille und deſſen Aeußerung erweislich war. Darin liegt nicht ſowohl das als etwas beſonderes, daß es (wie Fritz, Teſt. der Eltern unter Kindern §. 8, glaubt) auf die Faſſung des Wortsausdrucks nicht ankam, indem ihm die ſonſt gewöhnlichen Fideikommißworte rogo, velo, mando etc. (Paul. sent. rec. IV, 1 §. 6) erlaſſen waren, denn man muß im Auge behalten, daß auch andere Erblaſſer mit ſimpeln Theilungsworten die divisio anordnen durften, vielmehr liegt das Beſondere gerade in der Form : er durfte theilen auch in einer epistola, welche nicht als Codicill gelten ſollte (fr. 89 pr. D. de leg. II), er durfte sine scriptura theilen (fr. 20 §. 3 D. fam. erc.), während die Codicille, wie Wort und alle Stellen vorausſetzen, ſchriftlich waren (ebenſo galten wohl Aeußerungen des Vaters, wie ſeine Kinder theilen ſollten, auch wenn er ſie nicht den Kindern ſelbſt, ſondern andern Perſonen gegenüber gethan hatte, ſofern ſie nicht einen bloßen Plan, ſondern ſeinen wirklichen Willen bezeichneten, und beides, Wille und Aeußerung, erweislich war). Nur eine Anwendung, nicht etwas Neues enthält c. 16 C. fam. erc. von Diokletian und Maximinian : — sed et si tam circa testamentum, quam circa codicillos judicium deficiat (d. h. nicht, wenn die Verfügung zwar als Teſtament oder Codicill beabſichtigt war, aber wegen eines Formfehlers nicht als ſolches beſtehen konnte, ſondern wie Mühlenbruch a. a. O. S. 155 und die auf S. 156 Note 5 Citirten mit Recht bemerken : auch wenn der Vater weder Teſtament noch Codicill beabſichtigt hat) verum quibuscunque verbis voluntas ejus declarata sit — — judicem sequi voluntatem patris oportere juris auctoritate significatur (dieſe letzteren Worte ſagen aber

dieſe Herleitung enthält einen Grund weiter für die Richtigkeit unſerer Anſicht, daß die vertheilten Sachen als Vermächtniſſe aufzufaſſen ſind. Was nun die von Juſtinian in Nov. 18

---

nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 156. 157. 164 und Andere annehmen, es ſei dieß ein Satz des jus commune auch für andere Erblaſſer, es iſt vielmehr im Vergleich zu der Art, wie dieſe letzteren eine Theilung und überhaupt Vermächtniſſe anordnen dürfen, gerade contra rationem juris, wohl aber Folge deſſen, was nach obigem Satze überhaupt über Vermächtniſſe des Vaters zu Gunſten des Sohns Rechtens iſt). — Ebenſo iſt eine Folge davon, wenn dieſelben Kaiſer in c. 21 C. eod. ſagen: si — pater communis judicio suo vel qualicunque indicio suam declaravit voluntatem.

2) Conſtantin beſtimmt in c. 1 C. Th. fam. erc. (2, 24), ausgehend von dem unter 1 erwähnten jus singulare (das er auch im Anfang der Verordnung als unzweifelhaft erwähnt) das noch vortheilhaftere und wahrhaft neue: wenn der Vater unter ſeinen Kindern ein eigentliches Teſtament beabſichtigt, und ſchriftlich aufgeſetzt habe, dieſes aber nicht zu Recht beſtehen könne als Teſtament, ſo ſolle die Verfügung dennoch, obwohl dieß gegen das bisherige Recht gehe, aufrecht erhalten bleiben (gewiß als Inteſtat-Codicill), aber auch nur für die Kinder; Verfügungen zu Gunſten Anderer ſollten darin nicht zu Recht beſtehen, ſ. auch c. 26 C. J. fam. erc. (3, 36). — Während Conſtantin hier nur von väterlichen Descendenten geſprochen hatte, dehnte:

3) Theodos II. in Nov. lib. I, tit. 16 (c. 21 C. J. de testam. 6, 23) es auch auf die Mutter im Verhältniſſe zu ihren Kindern aus; erſt von jetzt an kann man von beſonders begünſtigten Verfügungen der Eltern (vorher bloß des Vaters) unter ihren Kindern ſprechen.

4) Juſtinian hielt die bis dahin geltenden Grundſätze (Nummer 1) doch für zu gefährlich, und gerade zu Streitigkeiten und Ungewißheiten Veranlaſſung gebend, er gibt daher eine beſtimmte Form: a) in Nov. 18, cap. 7 empfiehlt er den Eltern, welche eine Theilung vornehmen wollen, als das Beſte, ein Teſtament zu errichten; weil aber dieß nicht immer möglich ſei, ſo ſolle eine bloße Theilung dann zuläſſig ſein, wenn die Eltern dieſelbe ſchriftlich getroffen, und entweder ſelbſt unterſchrieben haben, oder durch die Kinder unterſchreiben haben laſſen. b) Später in Nov. 107 kommt er auf ſeinen alten Gedanken, am rathſamſten ſei ein Teſtament, wieder zurück, er gibt daher zunächſt (cap. 1) eine beſonders freie und bequeme Teſtamentsform den Eltern, für den Fall aber, daß ſie nicht teſtiren wollen, geſtattet er ihnen (cap. 3) vor wie nach in Gemäßheit der Nov. 18, cap. 7 eine rerum divisio vorzunehmen. — Jenes iſt ein privilegirtes Teſtament (Mühlenbruch a. a. O. S. 203 ff.), die Verfügung nach Nov. 18, cap. 7 aber ein privilegirtes Codicill.

c. 7 für die divisio parentum inter liberos vorgeſchriebene Form betrifft, ſo kann man dieſelbe ganz wohl ein für dieſen Zweck gegebenes privilegirtes Codicill nennen, allein wenn man auch dieß nicht will, ſo liegt doch, wenn erwieſen iſt, daß vor Juſtinian dieſe Zutheilungen als Vermächtniſſe galten, kein Grund vor, ihnen jetzt in dieſer neuen Form die Vermächtnißnatur abzuſprechen, mögen ſie darin mit ſimpeln Theilungsworten oder ausdrücklich als Vermächtniſſe angeordnet ſein; es iſt dann eine privilegirte Form für gerade dieſe, des Erblaſſers Kinder betreffenden, wenn auch nicht für ſonſtige Vermächtniſſe.

2) Weiter ſagt Mühlenbruch (S. 142, Note 99), es werde in fr. 77, §. 8 D. de leg. II ausdrücklich ein Vermächtniß der divisio entgegengeſetzt durch die Worte: evictis praediis, quae pater — verbis fideicommissi filio reliquit, — — si tamen inter filios divisionem fecit, —. Allein dieſe Stelle beweiſt nicht, daß eine divisio etwas anderes als Vorvermächtniß iſt, ſondern umgekehrt, daß nicht jedes Vorvermächtniß eine divisio iſt, die Stelle beweiſt, daß nicht Zuweiſung an einen Einzigen, ſondern nur Zuweiſung an alle oder doch an mehrere Erben eine Theilung genannt werden kann (ſ. oben S. 171, Note 10—12); der Gegenſatz liegt alſo in den Worten filio und inter filios, nicht aber in den Worten verbis fideicommissi und divisionem, zumal da wir ja auch aus anderen Stellen (S. 172, Note 17, S. 173, Note 18) wiſſen, daß eine divisio ebenſogut unter ausdrücklicher Anordnung von Vermächtniſſen geſchehen kann, ſowie auch umgekehrt Zuweiſung an einen Einzigen nicht nothwendig in Vermächtnißform gekleidet werden muß [37]); überdieß wird in unſerer Stelle ſelbſt das durch divisio Zugewieſene nachher partes praelegatae genannt.

3) Damit bringt Mühlenbruch in Verbindung, aus dem-

---

[37]) fr. 20, §. 5 D. fam. erc. (10, 2) — si uni ex heredibus — onus aeris alieni injungitur citra speciem legati.

ſelben fr. 77, §. 8 cit. [38]) erhelle, daß zwiſchen Vorvermächtniß und bloßer Erbtheilung (praecipuum) ein rechtlicher Unterſchied hinſichtlich der Eviktionsverbindlichkeit beſtehe. Allein ganz abgeſehen davon, ob man den in dieſer Stelle erwähnten Anſpruch ein Recht auf Eviktionsleiſtung nennen kann, iſt zu bemerken, daß die Verſchiedenheit der hier angegebenen rechtlichen Grundſätze wieder nicht auf dem Gegenſatze von Vorvermächtniß und Erbtheilung beruht, ſondern auf dem Gegenſatze einer einzelnen und mehrerer gegenſeitigen Sonderzuwendungen (mag man dieſelben nun praecipua oder Prälegate nennen). Die Stelle ſagt: iſt nur einem einzelnen Miterben ein Vermächtniß beſonders zugewendet, ſo kann derſelbe im Falle der Eviktion des Objekts, welches der Erblaſſer für das ſeinige gehalten hat, Schadloshaltung nicht verlangen, hat dagegen der Erblaſſer ſein Vermögen vertheilt, ſo daß gegenſeitige Abtretungen von partes hereditariae an den zugewieſenen Sachen (welche partes hier ausdrücklich prälegirt genannt ſind) nöthig werden, ſo braucht im Falle der Eviktion eines Objekts derjenige, welchem es zugedacht war, das ſeinerſeits den Miterben Abzutretende nicht eher herauszugeben, bis dieſelben auch ihm ſoviel gegeben haben, als er judicio patris erhalten ſoll, und zwar weil dieß die conjectura voluntatis patris mit ſich bringt. — Ob dieß auf den Fall einer divisio bonorum zu beſchränken, oder aber auf alle gegenſeitigen Vorvermächtniſſe anzuwenden iſt, berührt uns hier nicht, hier geht uns nur das an, daß aus dieſer Stelle kein Unterſchied eines praecipuum und eines Prälegats erhellt.

4) Eine zweite materielle Verſchiedenheit zwiſchen der Erbtheilung als praecipuum und eigentlichem Vorvermächtniſſe will

---

[38]) Die Stelle lautet: evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla eum fratribus et coheredibus actio erit; si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare.

Mühlenbruch (a. a. O. S. 242) in Beziehung auf die Frage finden, ob die Miterben außer ihrem Pflichttheile auch noch die Falcidiſche Quart abziehen dürfen; aus dem Geſichtspunkte einer bloßen Erbtheilung betrachtet, ſei dieß zu verneinen, hier genüge es, wenn Jeder nur ſeinen Pflichttheil frei habe, wogegen, wären die durch Erbtheilung feſtgeſetzten praecipua wahre Prälegate, es wenigſtens beſtritten ſei, ob nicht ſchon nach Römiſchem Rechte außerdem noch die Falcidiſche Quart Platz greife. Allein: a) geſetzt, es ſei wahr, von einem Prälegate und Vermächtniſſe überhaupt könne ſchon nach Römiſchem Rechte der Pflichttheilsberechtigte neben dem Pflichttheile auch noch die quarta Falcidia abziehen, ſo iſt gar nicht einzuſehen, warum er dieß nicht gerade ſo gut von Mühlenbruch's praecipuum abziehen könnte. Bekanntlich kann die Falcidia abgezogen werden nicht nur von wahren Vermächtniſſen, urſprünglich nur von Legaten [39]), ſeit dem Sct. Pegasianum auch von Fideikommiſſen [40]), ſondern ſeit Septimius Severus auch von den mortis causa donationes [41]), und ebenſo von den durch den Tod des Schenkers convalescirenden donationes inter virum et uxorem [42]), ja ſeit Juſtinian ſogar von demjenigen, was der Erbe conditionis implendae causa zu geben hat [43]); welche eigenthümliche Verfügung ſoll nun Mühlenbruch's praecipuum, alſo eine Erbtheilung, ſein, daß ſie allein von dem Abzuge der Quart frei wäre? b) Sodann aber müßten nach Mühlenbruch bei anderen Erblaſſern als Eltern die res divisae doch ebenſo gut wie bei Kindern nicht als Prä-

---

[39]) Gaj. II, §. 227. Ulp. XXIV, §. 32, pr. J. de leg. Falc. (2, 22), fr. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2).

[40]) Gaj. II, §. 254, §. 5 J. de fid. her. (2, 23).

[41]) c. 5 C. ad leg. Falc. (6, 50), c. 2 C. de mort. caus. don. (8, 57).

[42]) fr. 32, §. 1 D. de don. inter vir. (24, 1), c. 12 C. ad leg. Falc. (6, 50).

[43]) c. 18 C. ad leg. Falc. (6, 50).

legate, ſondern als praecipua gelten, folglich auch hier vom Abzuge der Quart frei ſein; nun aber finden wir bei ſolchen anderen Erben die res divisae ausdrücklich der lex Falcidia unterworfen, (ſ. die Stellen der Note 25 auf S. 177), ein Beweis, daß die von Mühlenbruch praecipua genannten Zuweiſungen kein Hinderniß am Quartabzuge ſein können, daß alſo dieſer auch den Kindern zu ſtatten kommen müßte, wenn überhaupt der doppelte Abzug von Pflichttheil und Quart einem Pflichttheilsberechtigten geſtattet wäre. c) Aber auch bei Kindern ſelbſt finden wir, daß geradezu geſagt wird, ſie hätten die Theilungen unter Wahrung der Falcidia anzuerkennen [44]), dieß aber iſt nicht bloß ein anderer Ausdruck für Pflichttheil, ſondern war, ſoferne der Pflichttheilsberechtigte zugleich Erbe war, und an ſeinem Erbtheile, ſoferne nicht dieſer für ſich ſchon ſo gering war, daß er den Pflichttheil verletzte, zu ſehr durch Vermächtniſſe beſchwert war, geradezu die einzige juriſtiſche Conſtruktion des Abzugs und der Salvirung des Pflichttheils [45]), ſo lange letzterer noch ein Viertel der Inteſtatportion betrug. d) Endlich aber iſt (wenn man den von uns geführten Beweis, daß Erbtheilungen allerdings wahre Vermächtniſſe ſind, weiter benutzt) gerade der Umſtand, daß geſagt wird, die Kinder hätten die elterliche Theilung unbedingt zu reſpektiren, wenn ihnen nur der Pflichttheil frei ſei, ein Beweis mehr für die Unrichtigkeit der Anſicht, daß jemals in dem Römiſchen Rechte dem Pflichttheilsberechtigten jener doppelte Abzug von Vermächt-

---

[44]) c. 10 C. fam. erc. (3, 36) : — exemplo Falcidiae retentionis habita ratione; c. 26 C. eod. servato Senatusconsulti auxilio defuncti dispositio custodiatur.

[45]) fr. 8, §. 3 D. de inoff. test. (5, 2) : unde si quis fuit institutus forte ex semisse, quum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est, nullum judicium movere quum debitam portionem et ejus fructus habere possit; fructus enim soleri in Falcidiam imputari non est incognitum.

niſſen geſtattet geweſen ſei, eine Berechtigung, die nicht nur in keiner Stelle bezeugt iſt, gegen welche vielmehr der Inhalt aller Stellen, welche veranlaßt geweſen wären, dieſen Punkt zu berühren[45a]), und die ganze ratio des Pflichttheilsrechts ſpricht, welche offenbar keine andere iſt, als die: ſowie der Teſtamentserbe ein Viertel ſeiner teſtamentariſchen Erbportion ex lege Falcidia frei hat, ſo ſoll auch gewiſſen nächſten Inteſtaterben, obwohl der Erblaſſer berechtigt iſt, ihnen ihr eventuelles Inteſtaterbrecht zu entziehen, doch ein Viertel desjenigen, was ſie als Inteſtaterben erhalten haben würden, conſervirt bleiben. — Nach kanoniſchem Rechte freilich, welches den Pflichttheil aus dem Geſichtspunkte einer Erbſchaftsſchuld betrachtet, iſt jener doppelte Abzug bei Vermächtniſſen geſtattet[46]), aber ebendeßhalb muß er ſeitdem auch bei Erbtheilungen geſtattet ſein, ſoferne nicht anderweite Gründe vorliegen, aus welchen hier der Quartabzug dennoch als unzuläſſig erſcheint, worauf wir in §. 12 zurückkommen werden.

Soweit die Gründe Mühlenbruch's; in neueſter Zeit hat v. Buchholtz[47]), obwohl er, wie wir unten ſehen werden, mit Mühlenbruch's Anſicht nicht völlig übereinſtimmt, zunächſt noch folgende weiter möglichen Gründe für dieſelbe angeführt:

1) Die Quellen ſagen, das, was der Erblaſſer mit der Theilung beabſichtige, ſei daſſelbe, was der arbiter fam. erc. zu thun habe (ſ. oben Note 9 auf S. 170); ſo wenig nun dadurch, daß ein ſolcher Schiedsmann dem einen Erben dieſe, dem andern

---

[45a]) Paul. sent. rec. IV, 5, §. 5. — fr. 8, § 8. 9. 11 D. de inoff. test. (5, 2), c. 31 C. eod. (3, 28).

[46]) c. 16, 18, X de test. III, 26. Roßhirt, Vermächtniſſe, Bd. I, S. 549. — Zwar ſchon das Römiſche Recht nennt den Pflichttheil eine portio debita (c. 36, §. 2 C. de inoff. test., Nov. 1 praef. §. 2 Nov. 18 praef.), allein eben nur in dem Sinne, daß er nicht entzogen werden darf, nicht auch in dem Sinne, daß das, was man erbt, nur in dem nach Abzug des Pflichttheils Uebrigen beſteht, wie gerade die vorhergehende Note beweiſt, dort wird der Pflichttheil ebenfalls portio debita genannt, und doch nur einfacher Abzug der Quart geſtattet.

[47]) Prälegate S. 236 ff.

jene Erbſchaftsſache zuweiſt, dieſe Sachen unter dem Titel von Vermächtniſſen den Erben zufielen, ebenſowenig könnten ſie, wenn der Erblaſſer ſelbſt die Theilung angeordnet habe, zu Vermächtniſſen werden.

Dieſer angeregte Zweifel beſeitigt ſich aber einfach; der Unterſchied zwiſchen beiden Fällen iſt der: der Theilungsrichter ſetzt die Erbſchaft lediglich dadurch auseinander, daß er die Erbquoten in reelle Werthe verwandelt, wie er dieß thut, was er dem Einzelnen zutheilt, darin hat er freie Hand, ſofern er nur die Größe der pars hereditaria einhält; dagegen bei der von dem Erblaſſer ausgegangenen Theilung hat jeder Erbe dem Theilungsrichter wie den Miterben gegenüber ex voluntate defuncti das beſtimmte Recht, daß ihm gerade die Sache, welche ihm der Erblaſſer zugewieſen hat (die überdieß größer und kleiner als ſeine pars hereditaria ſein kann), zu Theil werde; ſchon oben aber wurde bemerkt, juriſtiſch realiſiren läßt ſich dieß nicht anders als durch Behandlung der res divisae als Vermächtniſſe.

2) Die Objekte der Vertheilung ſeien nicht bloß Aktiva, ſondern zuläſſigerweiſe auch Schulden [48]); Schulden-Anweiſung an einzelne Erben aber ſei mit dem Begriffe eines Vermächtniſſes als einer donatio testamento relicta unvereinbar.

Allein die einfache Beſeitigung dieſes Einwurfes liegt darin, daß, wie ſchon oben (S. 175) bemerkt, der Erbe, welchem die Schuldenzahlung aufgebürdet iſt, gar nicht als der Honorirte, ſondern als der Gravirte gilt, als honorirt dagegen hier die übrigen Erben erſcheinen [49]), dieſe Schuldenzutheilung alſo aus

---

[48]) fr. 20, §. 3, §. 5, fr. 39, §. 5 D. fam. erc. (10, 2); fr. 34, §. 3 D. de leg. III.

[49]) Man muß ſich erinnern, wie frei die verba fideicommissaria ſein dürfen, die voluntatis intentio entſcheidet, nicht an wen der Erblaſſer die Bitte gerichtet hat. Z. B. fr. 108, §. 14 D. de leg. I: non autem mirandum, si, quum alius rogatus sit, alius fideicommisso obstringatur; — ferner fr. 69 pr. D. de leg. II: ibi fideicommissum petitur ab his, cum quibus testator non est locutus, und viele andere Stellen.

dem Geſichtspunkte eines legatum liberationis zu betrachten iſt [50]), wie dieß denn auch in den Quellen [51]) geſchieht; bei Beurtheilung des hier eintretenden Verhältniſſes gelten nämlich ganz die gewöhnlichen Vermächtnißgrundſätze, beſonders der Satz, daß Niemand mehr gravirt werden kann, als er honorirt iſt, und das Recht der quarta Falcidia [52]).

Was nun die Meinung von v. Buchholtz ſelbſt betrifft, ſo gibt er ſie, wie Mühlenbruch nur in Bezug auf die Theilungen der Eltern unter Kindern, und zwar dahin an: die vertheilten Objekte ſeien nur dann Vorvermächtniſſe, wenn der Erblaſſer die Vertheilung in einem Teſtamente oder Codicille vorgenommen habe (als Codicill ſei übrigens auch die von Juſtinian in Nov. 18, cap. 7 vorgeſchriebene Form dann zu betrachten, wenn hier die Theilung zugleich von mindeſtens fünf

---

[50]) Dagegen kann es nicht als eine Aufklärung des Verhältniſſes vom juriſtiſchen Standpunkte aus angeſehen werden, wenn v. Buchholtz (S. 237, Note 31) gegen das wegen der Schuldenzutheilung von ihm erhobene Bedenken das hervorhebt, daß der Erblaſſer gewiß nicht einem einzelnen Erben keine Erbſchaftsſachen, ſondern bloße Schulden zuweiſen werde, denn darin würde ja mehr als eine ſimple Enterbung liegen; vielmehr könnte an den einzelnen Erben die Zuweiſung eines bedeutenden Aktivums unter der Modifikation geſchehen (onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit fr. 20, §. 3 D. fam. erc.), daß er einen Schuldpoſten, vielleicht einen größeren, als es ſeine Erbquote mit ſich bringen würde, allein übernehme. Jedoch ſei dieſe Vertheilung der Schulden nicht einmal zu einer vollſtändigen divisio bonorum nothwendig, indem ſchon nach den zwölf Tafeln die Schulden von ſelbſt unter den Erben vertheilt ſeien. — Wie aber, wenn ſich ein Erblaſſer von allen dieſen Motiven nicht leiten läßt?

[51]) Die Worte in fr. 20, §. 5 D. fam. erc.: si uni ex heredibus onus aeris alieni injungitur citra speciem legati, wollen natürlich nicht ſagen, die Zuweiſung ſei hier nicht nach den Grundſätzen des legatum liberationis zu behandeln, ſondern ſie ſei nicht ausdrücklich als Legat, ſondern nur mit ſimpeln Theilungsworten angeordnet.

[52]) So in fr. 20, §. 5 cit.: — suscipere eum id oportere, sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat; indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit.

Söhnen unterſchrieben ſei), und dabei die vertheilten Sachen ausdrücklich als Legate oder Fideikommiſſe bezeichnet ſeien. Nach welchen rechtlichen Geſichtspunkten eine ſonſtwie angeordnete Theilung beurtheilt werden ſoll, gibt er nicht an.

Sonach läßt v. Buchholtz die vertheilten Sachen nicht als Vermächtniſſe gelten in folgenden Fällen:

1) bei einer Theilung durch andere Erblaſſer als Eltern, ſofern ſie weder im Teſtament, noch im Codicill, ſondern formlos angeordnet iſt. Hiermit müſſen wir uns einverſtanden erklären, jedoch nur darum, weil eine ſolche Verfügung überhaupt ungültig iſt, nach neuem wie nach altem Rechte; v. Buchholtz dagegen iſt der Anſicht, ſolche Theilungen ſeien nach altem wie nach neuem Recht ohne beſondere Form gültig, allein wir haben oben geſehen, daß aus den Quellen nirgends erhellt, daß andere Perſonen als Eltern anders als im Teſtament oder Codicill eine Theilung vornehmen konnten.

2) Wenn (bei Eltern oder andern Erblaſſern) zwar ein Teſtament oder Codicill, aber keine ausdrückliche Vermächtnißworte für die Theilung gewählt ſind. Als Grund gibt v. Buchholtz (S. 240, Note 43) an, der Vater könne ja auch die einzelnen Sachen ausdrücklich als Einweiſungen in die Erbtheile angegeben haben, wie in dem Falle des fr. 21, §. 5 D. de annuis (33, 1). Es iſt indeſſen ſchon oben (S. 178) gezeigt worden, daß auch in dem letztern Falle die zugetheilten Sachen als Vermächtniſſe gelten, ja daß in ſolcher Anordnung zur Ausgleichung doppelte Vermächtniſſe anzunehmen ſind. Ueberhaupt aber iſt der Gegenſatz von ausdrücklich angeordneten Vermächtniſſen nicht in dem Anordnen einer Einrechnung zu finden (auch dieſe kann mit ausdrücklichen Vermächtnißworten wie mit ſimpeln Theilungsworten aufgegeben werden), vielmehr in der mit ſimpeln Theilungsworten (wobei wieder Einrechnung vorgeſchrieben ſein kann oder nicht) geſchehenen divisio; daß aber auch hier von den Quellen nicht nur die Grundſätze der Vermächtniſſe angewendet, ſondern die zuge-

theilten Objekte ſelbſt als Vermächtniſſe bezeichnet werden, haben wir ebenfalls bereits oben (S. 175) geſehen. — Ueberdieß iſt es nicht wohl in Uebereinſtimmung zu bringen, wenn v. Buchholtz an einem andern Orte (S. 268) ſagt: „in den Fällen — wenn für die Erben eine Erbtheilung vom Teſtator vorgenommen iſt, — ſehen wir zwar Prälegate, aber ſie ſind nicht vom Teſtator als ſolche formell angeordnet, weßhalb mehrere Juriſten expressa und tacita praelegata unterſcheiden", während er doch hier die vertheilten Sachen nur dann als Vermächtniſſe gelten laſſen will, wenn der Erblaſſer ſie ausdrücklich als Legate oder Fideikommiſſe bezeichnet hat.

3) Wenn die Theilung unter Kindern nicht im Teſtament oder Codicill, ſondern lediglich in der durch Nov. 18, cap. 7 vorgeſchriebenen Form geſchehen iſt. Für dieſen Fall ſagt v. Buchholtz übereinſtimmend mit Mühlenbruch, die vertheilten Objekte ſeien ſelbſt dann nicht als Vermächtniſſe anzuſehen, wenn ſie der Erblaſſer ausdrücklich als Vermächtniſſe bezeichnet habe, denn Vermächtniſſe forderten ein Teſtament oder Codicill, jene Form Juſtinian's aber könne nicht als Codicill angeſehen werden. Es iſt hierüber alles das zu vergleichen, was ſchon oben von uns gegen dieſelbe Bemerkung Mühlenbruch's hervorgehoben worden iſt.

4) Endlich wenn die Theilung unter Kindern nicht einmal in der von Nov. 18, cap. 7 eingeführten Form angeordnet iſt. Hier müſſen wir v. Buchholtz darin beipflichten, daß eine ſolche Verfügung überhaupt keine Gültigkeit hat, und daß, wenn ſie dennoch befolgt wird, die Theilung lediglich auf der Uebereinkunft der Erben beruht.

Durch alles Bisherige glauben wir nun den Satz erwieſen und vor jeder Einwendung ſicher geſtellt zu haben, daß bei einer divisio bonorum [53]), ſofern ſie überhaupt als rechtsbeſtändige

[53]) Daß übrigens auch bei Zuweiſung an einen Einzelnen das Zugewieſene als Vermächtniß gilt, zeigt ebenfalls das Bisherige, nur die

Verfügung daſteht, die zugetheilten Sachen jedesmal als Vermächtniſſe gelten, dieß nicht bloß, wenn ſie ausdrücklich als Vermächtniſſe, ſondern auch in dem weit häufigern Falle, wenn ſie mit ſimpeln Theilungsworten zugewendet ſind, dieſe Theilungsworte ſind als verba fideicommissaria aufzufaſſen. Zugleich aber glauben wir auch die Ueberzeugung gegeben zu haben, daß eben nur durch Behandlung der vertheilten Objekte als Vermächtniſſe die Lehre von der divisio bonorum und ihre praktiſche Einzelngeſtaltung eine juriſtiſch ſichere Baſis erhält.

III. Gehen wir nun zu dem Punkte zurück, welcher uns zu dieſen Zwiſchenerörterungen veranlaßt hat, und vergleichen auf die gewonnenen Reſultate hin die divisio bonorum mit unſerer institutio ex re certa, und zwar mit demjenigen Falle derſelben, wenn der Erblaſſer, ohne mit der rerum mentio bloß die Erbſchaftsquoten überhaupt ausdrücken zu wollen, ſämmtliche Miterben auf res certae inſtituirt hat, ſo beſtätigt ſich die zu Anfang dieſes Paragraphen gemachte Bemerkung, daß zwiſchen beiden Verfügungen eine unverkennbare Aehnlichkeit beſteht, auf das vollkommenſte; wir ſind nunmehr in den Stand geſetzt, das Aehnliche und das Verſchiedene derſelben genauer anzugeben.

Es zeigt ſich nämlich, daß beide Verfügungen:

1) zunächſt ſchon bezüglich ihrer Anordnung in einer ſehr nahen Verwandtſchaft ſtehen, dieß nämlich, ſoferne man bei der divisio den Fall vorausſetzt, daß der Erblaſſer die Erbtheilung im Teſtamente und zwar unter ſeinen ſämmtlichen Teſtamentserben, vorgenommen hat. Das Verſchiedene freilich iſt das, daß bei einer ſolchen divisio der Teſtator die institutiones in gehöriger Weiſe angeordnet, d. h. nicht auf res hereditariae, ſondern auf die hereditas, auf das jus defuncti gerichtet hat, ſo-

beſondern Grundſätze, welche durch gegenſeitige Vermächtniſſe herbeigeführt werden, fallen natürlich hier weg, z. B. die compensatio legatorum mutuorum, und das Recht auf Schadloshaltung bei Eviktion des zugetheilten Objects nach Inhalt des oben erwähnten fr. 77, §. 8 D. de leg. II.

daß die Eingeſetzten ſchon den Worten des Erblaſſers nach auf partes hereditariae (als heredes sine partibus oder ex certis unciis scripti) erſcheinen, während bei unſerer institutio ex re certa die Einſetzungen den Worten des Erblaſſers nach direkt auf res hereditariae gerichtet ſind; allein wir haben ja geſehen, daß dieſes Ungehörige im Intereſſe der voluntas testatoris mit den Principien des Erbrechts dadurch in Einklang gebracht wird, daß die rerum mentio für das Gerufenſein detrahirt, und nur für das materielle Bekommen beibehalten wird. Was iſt nun, dieſe Behandlung vorausgeſetzt, die institutio ex re certa anders als eine divisio der obigen Art, nur in einer compakteren Ausdrucksweiſe? während bei jener divisio der Teſtator zuerſt die Inſtitutionen gehörig angibt, nachher aber abgeſondert davon verordnet, in welcher Art die materiellen Beſtandtheile ſeines Vermögens demnächſt unter ſeine Erben vertheilt ſein ſollen, ſpricht hier bei unſerer institutio ex re certa der Teſtator beides gewiſſermaßen zuſammen in Einem Satze aus. Beide Anordnungen laſſen ſich ſonach als ein und dieſelbe Verfügung anſehen, nur in verſchiedenen Worten ausgedrückt, ja ſetzen wir den Fall voraus, daß, wie das gewöhnliche iſt, der Erblaſſer die divisio nicht in ausdrückliche Vermächtniſſe gekleidet, ſondern ſimple Theilungsausdrücke gebraucht hat, ſo wird ſich ſelbſt aus den Worten unter Umſtänden nur ſchwer entſcheiden laſſen, ob die Anordnung eine teſtamentariſche divisio oder eine institutio ex re certa zu nennen iſt, denn es iſt doch offenbar ein und daſſelbe, ob der Teſtator z. B. ſagt: A und B ſetze ich zu Erben ein, der Erbtheil des A ſoll mein Vermögen in Italien ſein, dem B weiſe ich mein Vermögen in der Provinz zu, oder ob er kurzweg ſagt: A ſei mein Erbe auf mein Vermögen in Italien, B ſei mein Erbe auf mein Vermögen in der Provinz.

Dieſes Gleichſtehen beider Verfügungen ſchon in der Anordnung erkennt denn auch das Römiſche Recht ausdrücklich an, wie namentlich erhellt aus den Worten Juſtinian's in Nov. 107, cap. 1:

— si vero etiam rerum divisionem vel quibusdam rebus certis omnes sive aliquas institutiones concludere velit, —

was Julian (const. C, Nro. 1) geradezu mit den Worten wiedergibt:

— sed et si res aliquas liberis suis relinquere velit, aut ex rebus certis quosdam [54]) de liberis heredes instituere maluerit.

Deutlicher kann man wohl nicht die Gleichstellung beider Anordnungen aussprechen.

Gerade damit hängt aber auf das Genaueste zusammen, daß:

2) auch rücksichtlich der juristischen Behandlung beide Verfügungen auf Einer Linie stehen, und zwar dieß bei jeder divisio, nicht bloß in dem soeben mit der institutio ex re certa gleichgestellten Falle, wenn die Theilung gerade in einem Testamente geschehen ist.

Gerufen sind in beiden Fällen die Erben als Erben auf partes hereditariae, nur mit dem schon vorhin bemerkten Unterschiede, daß die institutio ex re certa behufs der Erbenqualität und des Gerufenseins erst purificirt werden muß durch Detrahiren der rerum mentio, so daß künstlich, auf dem Wege juristischer Construktion, partes hereditariae herbeigeführt werden, während bei der divisio schon von Haus aus die Erben auf partes hereditariae gerufen sind, die Testamentserben durch Anordnung des Erblassers, die Intestaterben durch Gesetz.

Ebenso stehen sich beide Anordnungen in Hinsicht auf das Bekommen einander gleich.

Bekommen soll zunächst jeder Erbe bei der institutio ex re certa die res, auf welche er instituirt ist, bei der divisio das Objekt, welches ihm zugetheilt ist; bewirkt wird dieß gleichmäßig

---

[54]) Daß hier nur von einigen, nicht auch von allen, Erben gesprochen wird, thut natürlich keinen Eintrag.

in beiden Fällen auf dem Wege der Vermächtnißtheorie, d. h. die Sachen werden als Vermächtniſſe, und zwar als gegenſeitige ſtillſchweigende Vorvermächtniſſe behandelt (ſoferne nicht die divisio ſogar mit ausdrücklichen Vermächtnißworten geſchehen iſt). Dieß iſt für eine jede unſerer beiden Anordnungen durch die früheren Ausführungen bewieſen worden, es iſt aber überdieß nicht genug an dem Satze feſtzuhalten, daß überhaupt und überall der Wille des Erblaſſers, die Miterben oder einer derſelben ſolle einen beſtimmten materiellen Vermögensbeſtandtheil des Nachlaſſes allein und ausſchließlich erhalten, juriſtiſch nur allein auf dem Wege der Vermächtniſſe realiſirt werden kann, gemäß der durch die Principien des Erbrechts gebotenen Grundſätze (ſ. oben S. 174, Nummer 1). — Es mag übrigens auch die gegenwärtige Geſammtvergleichung der divisio bonorum und unſerer institutio ex re certa noch mehr dazu beitragen, um den ſchon oben geführten Beweis zu verſtärken und die juriſtiſche Ueberzeugung zu befeſtigen, daß auch bei der divisio die zugetheilten Objekte als Vorvermächtniſſe zu behandeln ſind; man kann ohne Anſtand auch auf dieſe Zuwendungen die von Ulpian in fr. 35, §. 1 D. de her. inst. bezüglich der res certae gemachten Aeußerungen: vice praeceptionis accipiendos, und: ut non plus quisque eorum habeat, quam habiturus esset, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones, anwenden; ebenſo die Worte im princ. dieſer Stelle: ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, — quam rem — consequi, in dem Sinne, in welchem ſie oben (S. 162) verſtanden worden ſind; wie ja auch in Stellen, welche die divisio betreffen, dieß mit ganz ähnlichen Worten geſagt wird [55]).

Bleibt bei dem Bekommen der einzelnen von dem Erblaſſer zugewieſenen Vermögensbeſtandtheile noch ein unvertheilter Reſt übrig, ſo erhalten denſelben in beiden Fällen die Erben pro rata

---

[55]) Z. B. c. 16. 21. 26 C. fam. erc. (3, 36).

hereditaria und jure hereditario; für die institutio ex re certa wird uns dieß zwar, wie wir oben sahen, nicht ausdrücklich gesagt, allein es erhellt eben mit daraus, daß es für die divisio, welche in allem Uebrigen ganz gleich mit jener Anordnung behandelt wird, nach ausdrücklichen Stellen gilt, soferne nicht der Erblasser ein Einrechnen besonders vorgeschrieben hat, was aber in einer bloßen institutio ex re certa nicht liegt.

3) Aber nicht bloß als Anordnungen und in Rücksicht auf rechtliche Gestaltung sind beide Verfügungen einander sehr ähnlich, sie stehen, was die Behandlung der Objekte als Vorvermächtnisse betrifft, unverkennbar auch in einem historischen Zusammenhange.

Zunächst nämlich muß die allgemeine Behauptung aufgestellt werden, daß die genannte Behandlung in beiden Fällen erst möglich geworden ist, nachdem die Fideikommisse in dem Römischen Rechte bereits so ausgebildet waren, daß man auch in Verfügungen, welche nicht formell und ausdrücklich als Vermächtnisse angeordnet waren, verba fideicommissaria (stillschweigende Fideikommisse) sah, mit andern Worten, jene Behandlung beruht in beiden Fällen auf der Basis der erstarkten Fideikommißtheorie, genauer gesprochen sind also die im Allgemeinen als Vorvermächtnisse bezeichneten Objekte stillschweigende Präfideikommisse zu nennen. Für unsere institutio ex re certa ist dieß bereits oben (S. 150 ff.) nachgewiesen worden, es gilt aber ebenso für die mit simpeln Theilungsworten (ausdrücklich in Vermächtnisse gekleidet konnte natürlich eine Theilung schon früher werden) angeordnete, also am häufigsten vorkommende, divisio bonorum. Dafür spricht zunächst auch hier der schon deßfalls bei der institutio ex re certa geltend gemachte, aus der Strenge der altcivilen legata hergenommene, Grund (s. oben S. 63 und 146); ferner haben wir auch für die fragliche divisio keine Stelle aus einer Zeit, in welcher überhaupt stillschweigende Fideikommisse noch nicht anerkannt waren, bei weitem die meisten, ja beinahe alle, Pan-

dektenſtellen über unſere divisio rühren von Papinian her [56]), nur einige wenige von Scävola [57]) und von Ulpian, welcher ſich dabei auf Papinian's Auktorität beruft [58]); unter den Coderſtellen, welche die divisio betreffen, iſt meines Wiſſens keine aus der Zeit vor Antoninus Caracalla vorhanden [59]). Ein fernerer Beweis liegt darin, daß in c. 26 C. fam. erc. geſagt wird, die elterliche Theilung, wie ſie auch kundgegeben ſei, ſei anzuerkennen servato Senatusconsulti auxilio; das hier gemeinte Sct. iſt das Pegasianum, dieſes aber hat bekanntlich die lex Falcidia auf die Fideikommiſſe ausgedehnt [60]), und ſo erhellt deutlich aus dieſen Worten, daß man die Theilungen als ſtillſchweigende verba fideicommissaria auffaßte, und ſomit weiter, daß vor erſtarkter Fideikommißtheorie unmöglich ſolche ſimpele Theilungen ſchon anerkannt waren.

Genauer aber läßt ſich nach der Lage der Quellen die Zeit nicht angeben, in welcher jene Behandlung zuerſt entſtanden iſt, namentlich darf nicht Papinian als der Begründer derſelben angeſehen werden; für die institutio ex re certa wurde dieß ſchon oben (S. 152) gezeigt, und für die divisio folgt es ſchon daraus, daß wir auch hier ältere Stellen (von Scävola) haben. Dagegen ſind wir vielleicht berechtigt zur Annahme, daß gerade Papinianus ſich vorzugsweiſe mit jener Behandlung in beiden

---

[56]) Dahin gehören: fr. 32. 33. 34 D. fam. erc. (10, 2), fr. 90, §. 1 D. de leg. I. fr. 77, §. 8, fr. 89 pr. D. de leg. II. fr. 23 D. de adim. (34, 4). fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[57]) fr. 39, §. 1. 5 D. fam. erc. (10, 2). fr. 34, §. 3 D. de leg. III. fr. 21, §. 5 D. de annuis (33, 1).

[58]) fr. 20, §. 3. 5 D. fam. erc. (10, 2).

[59]) c. 1 C. de except. (8, 36) von Caracalla. — c. 8 pr. C. de inoff. test. (3, 28) iſt von Alexander Sever, c. 10 C. fam. erc. (3, 36) von Gordian, c. 16 und 21 C. eod. von Diocletian und Maximinian, c. 26 C. eod. von Conſtantin.

[60]) ſ. Note 40 auf Seite 186.

Anordnungen beſchäftigt, und dieſelbe beſonders ausgebildet hat, wenn man nämlich erwägt, daß für beide Fälle Ulpian ſich auf die Auktorität des Papinian beruft[61]), ſowie daß für die divisio die meiſten Stellen von Papinian ſelbſt herrühren[62]).

---

[61]) Rückſichtlich der institutio ex re certa ſ. oben S. 153.

[62]) Indem wir hiermit die divisio bonorum verlaſſen, mag noch das hervorgehoben werden: das gewonnene Reſultat, daß die zugetheilten Objekte überall als Vermächtniſſe, und zwar bei ſimpeln Theilungsworten als ſtillſchweigende Präſideikommiſſe zu behandeln ſind, gibt uns außer den Anhaltspunkten für die institutio ex re certa auch noch Gewißheit über folgende, die Lehre von der divisio bonorum ſelbſt betreffende Punkte, welche zum Theil ſchon oben angeführt ſind. Als Folge jenes Reſultats erſcheint nämlich:

1) Es iſt unbegründet, wenn man (z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 152) ſagt: von jeher habe ein Erblaſſer mit ſimpeln Theilungsworten eine divisio anordnen können.

2) Es iſt unbegründet, daß andere Erblaſſer als Eltern jemals in anderer Form als in Teſtament oder Codicill eine Theilung anordnen konnten.

3) Andererſeits iſt nun erklärlich, warum Eltern (eigentlich nur der Vater) ſchon zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten eine Theilung ohne alle Form anordnen konnten.

4) Man fragt (Mühlenbruch a. a. O. S. 237), ob in einer divisio parentum inter liberos (es muß aber auch für die in Codicillen vorgenommenen Theilungen anderer Erblaſſer gelten) nur materielle Vermögensobjecte, oder auch Erbſchaftsquoten vertheilt werden können? Da die Theilungen als Fideikommiſſe gelten, ſo läßt ſich auch letzteres ganz wohl denken und conſtruiren, es entſtehen dadurch Univerſal-Fideikommiſſe (Fritz, Teſt. der Eltern §. 9) rückſichtlich derjenigen partes hereditariae, auf welche man aus der demnächſtigen Delation der Erbſchaft gerufen ſein wird. Z. B. der Vater hat 2 Söhne, A und B; er theilt nun in der Form der Nov. 18, cap. 7 ſo: A ſoll ¾, B ¼ meines Nachlaſſes haben; gerufen als Inteſtat-Erbe iſt nun doch jeder Sohn auf ½, allein B hat die Hälfte ſeiner Erbportion an A als fid. her. zu reſtituiren. — Die Quellen freilich erwähnen als Objekte der Theilung immer nur materielle Vermögensbeſtandtheile, dieß erklärt ſich leicht aus Zweck und Bedürfniß der Theilung, für Unzien liegt Vornahme förmlicher Erbeseinſetzung darauf näher. — Auch iſt Unzienveränderung in der That darum keine eigentliche Theilung zu nennen, weil dabei nicht die Grundſätze gegenſeitiger Vermächtniſſe eintreten, wer dadurch mehr bekommt, gibt nicht auch

§. 12.

II. Die Folgesätze.

Wir kehren nunmehr zu unserer institutio ex re certa zurück. Nachdem wir nämlich in §. 9 und 10 den Grundsatz für die rechtliche Behandlung derselben kennen gelernt haben, ist es, worauf schon am Schlusse des §. 8 vorläufig aufmerksam gemacht wurde, nun auch von Interesse, darzuthun, wie sich darauf hin das hier eintretende Rechtsverhältniß nach seinen Haupteinrichtungen im Einzelnen gestalten wird.

Auch in dieser Beziehung übrigens lassen wir denjenigen Fall außer Augen, in welchem der Testator mit der rerum mentio nichts als die Quoten der Erbschaft überhaupt bezeichnen wollte; sind einmal diese Quoten in Gemäßheit der rerum mentio bestimmt, so ergibt sich hier die weitere Gestaltung von selbst, ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen für mehrere gehörig eingesetzte Erben, welchen nicht zugleich Prälegate hinterlassen sind.

Es beschäftigt uns vielmehr lediglich der (gewöhnliche) Fall, wenn die Eingesetzten als heredes sine partibus scripti, die res

---

selbst etwas ab. — Wenn man daher (Mühlenbruch a. a. O., Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. IV, S. 103—105) als einen Hauptunterschied zwischen dem testamentum und der divisio inter liberos angibt, daß dort auch Unzien, hier nur res hereditariae vertheilt werden können, so ist dieß genauer so auszudrücken: nur im Testamente kann bestimmt werden, daß und auf was die Kinder als Erben letztwillig gerufen sein sollen, in der divisio parentum inter liberos kann dagegen nur bestimmt werden, was die Kinder materiell bekommen sollen, entweder durch Zuweisung von res hereditariae (wodurch Vorvermächtnisse entstehen), oder durch Aenderung an den aus der Delation der Erbschaft entstehenden Unzien (wodurch Universal-Fideikommisse entstehen). — Dasselbe gilt auch für Testamente und Codicille anderer Erblasser, nur mit dem Unterschiede, daß hier im Testamente bezüglich der Größe der Unzien, auf welche die Erben gerufen sein sollen, auf anderweite Codicille verwiesen werden darf (fr. 36 D. de her. inst.), was bei dem Testamente der Eltern nicht geht, da hier nach Nov. 107, cap. 1 der Erblasser die Unzien genau und mit Buchstaben geschrieben angeben soll.

certae dagegen als Prälegate gelten, der Fall alſo, welchen wir in dem vorigen Paragraphen mit der divisio bonorum verglichen haben; für die Detailbehandlung deſſelben wird nun gerade die oben erwieſene Aehnlichkeit dieſer beiden Verfügungen höchſt förderlich ſein, indem ſich für die divisio gar manche einzelne Frage ausdrücklich entſchieden findet, welche auch bei der institutio ex re certa wichtig wird, hier aber von den Quellen mit Stillſchweigen übergangen iſt.

Hiernach und auf den Grund der oben in §. 9 und 10 gewonnenen Grundſätze wird ſich denn die Einzelngeſtaltung unſerer Erbeseinſetzungen in folgender Weiſe beſtimmen laſſen.

I. Zunächſt äußert der Tod des Erblaſſers für die Inſtituirten nur Wirkung in ihrer Eigenſchaft als Erben, d. h. ſie ſind nunmehr zur Erbſchaft gerufen, und zwar auf die ihnen deductis rebus künſtlich geſchaffenen partes hereditariae. Dagegen für ihre Anſprüche auf die, als Vorvermächtniſſe zu behandelnden, res certae hat des Erblaſſers Tod an ſich noch gar keine Folge, er enthält noch nicht den dies cedens für dieſe Prälegate, und zwar dieß ganz nach den Grundſätzen über wirklich angeordnete Prälegate.

Bei dieſen nämlich gilt zwar, wie bei ſimpeln Vermächtniſſen, für die Regel der Satz, daß ſofort mit dem Tode des Erblaſſers der dies cedens eintritt [1]), das Prälegat alſo in dieſem Momente proviſoriſch (mit der Hauptwirkung der Transmiſſion auf die Erben) erworben iſt auch für den Fall, daß der Prälegatar ſpäter nicht Erbe wird; er behält den Anſpruch wenigſtens auf diejenigen Theile des Prälegats, welche die Miterben zu leiſten haben, dann, wenn er nach dem dies cedens, aber bevor er die Erbſchaft antritt, ſtirbt [2]), er behält den Anſpruch auf das ganze Prälegat

---

[1]) v. Buchholtz, Präleggte, S. 299.

[2]) fr. 75, §. 1 D. de leg. II. — v. Buchholtz a. a. O. S. 171, Note 10 ff., S. 184 hinter Note 49, S. 194, Note 90, S. 310, Note 41 ff.

(auch auf denjenigen Theil, welchen er ſich als Erbe ſelbſt auszuzahlen hätte), wenn er die Erbſchaft aus nicht unlauteren Gründen ausſchlägt [3]), oder nach dem Erwerbe wiedrr von der Erbſchaft loskommt, ſei es daß ihm ſeine Erbportion wegen Indignität entriſſen wird [4]), oder daß er als suus heres von dem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht [5]), oder als extraneus ſich gegen die Erbſchaftsantretung hat in integrum reſtituiren laſſen [6]). Allein jene Regel erleidet, und zwar wieder ganz nach den Grundſätzen über den Moment des dies cedens bei bedingten Vermächtniſſen, dann eine Ausnahme, wenn das Prälegat nach der Intention des Erblaſſers dem Eingeſetzten nur für den Fall zugewendet iſt, daß derſelbe auch wirklich Erbe wird [7]), einerlei ob der Erblaſſer die Zuwendung des Prälegats ausdrücklich an die Bedingung „si heres erit“ geknüpft hat [8]), oder ob jene Intention in ſonſtiger Weiſe deutlich und beſtimmt erhellt [9]). Erbtheil und Prälegat ſind hier ſo unzertrennlich, daß der Prälegatar nur dann einen Anſpruch auf das Prälegat hat, wenn er wirklich Erbe wird und Erbe bleibt.

Ein ſolcher Fall, alſo eine ſolche Intention des Teſtators, liegt nun aber bei unſerer institutio ex re certa offenbar vor. Dieß wird uns zwar nicht durch eine ausdrückliche Stelle geſagt, wohl aber ſpricht dafür entſchieden Folgendes. Zunächſt die ganze Natur dieſer Anordnung; die res certae beſtehen ja nur vermöge juriſtiſcher Conſtruktion als Prälegate, während der Erblaſſer ſelbſt

---

[3]) fr. 22, §. 2 D. si quis omissa (29, 4). fr. 17, §. 2, fr. 18, fr. 87, fr. 90 pr. D. de leg. I. fr. 4, §. 11 D. de dol. mal. exc. (44, 4). c. 12 C. de leg. (6, 37). — v. Buchholtz a. a. O. S. 543 ff.

[4]) fr. 12 fin. fr. 18, §. 2 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[5]) fr. 87 D. de leg. I.

[6]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 549, Note 58.

[7]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 554 ff.

[8]) fr. 92 pr. D. de leg. III. fr. 20 D. de instr. leg. (33, 7).

[9]) fr. 88 fin. D. de leg. I.

auf dieſelben ſogar eingeſetzt hat; ſeine (freilich unjuriſtiſche) Intention iſt, die res certae ſollen geradezu die Erbtheile der Inſtituirten ſein; wenn alſo irgendwo ex voluntate testatoris eine Unzertrennlichkeit von Erbtheil und Prälegat vorliegt, ſo iſt dieß vor Allem hier bei unſerer institutio ex re certa der Fall. Sodann aber ſpricht dafür die Vergleichung mit der divisio bonorum; für dieſe wird uns ausdrücklich geſagt, daß wenn einer der Erben, unter welchen der Erblaſſer ſein Vermögen vertheilt hat, nicht Erbe wird, er dann auch nicht die ihm zugetheilten Objekte beanſpruchen kann:

> fr. 90, §. 1 D. de leg. I: plane si pluribus filiis institutis [inter eos verbis legatorum bona diviserit, voluntatis [10])] ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem [11]).

Dieß einfach darum, weil, wie wir oben (S. 169) geſehen haben, der Erblaſſer eine divisio nur unter der von ihm anerkannten Vorausſetzung vornimmt, daß gerade diejenigen Perſonen, unter welchen er theilt, ihn auch wirklich beerben werden.

---

[10]) Die eingeklammerten Worte fehlen zwar in der Flor., finden ſich aber in Ausgaben ſchon vor Haloander, ſ. darüber v. Buchholtz, a. a. O. S. 241, Note 46, und S. 283, Note 49.

[11]) Uebrigens iſt dieſe Stelle zuſammen mit den vorhergehenden von fr. 87 an zu leſen. Die dortige Unterſuchung iſt: ein filiusf., welchen der Vater pro parte inſtituirt hat, der ſich aber aus guten Gründen abſtinirt, verliert darum nicht auch das ihm zugedachte Prälegat (fr. 87); es ſei denn, daß der Vater wollte, daß er es nur dann erhalte, wenn er zugleich die Erbſchaft behalte, was aber der Vater nicht ausdrücklich zu erklären braucht, es genügt, daß ſeine beßfallſige Intention klar vorliegt (fr. 88); denn auch ein emancipatus verliert durch Ausſchlagen der Erbſchaft die Legate nicht, und das ben. abst. beſteht doch in nichts anderem, als daß der Prätor den suus ſo frei von der Erbſchaft macht, als es der extraneus ſchon jure civili iſt (fr. 89). Ebenſo ſoll es gehalten werden, wenn der Vater geſagt hat: hoc amplius filio meo (fr. 90 pr.); hat er dagegen mehrere Söhne inſtituirt, und unter dieſelben ſein Vermögen vertheilt, dann erhält voluntatis ratione derjenige Sohn, welcher nicht Erbe bleibt, auch die Legate nicht.

Um ſo viel mehr muß die Entſcheidung des fr. 90 pr. cit. auch für unſere institutio gelten, da hier der Erblaſſer beides zuſammen, wer ihn beerben ſoll, und was die Erben bekommen ſollen, gewiſſermaßen in Einem Satze ausſpricht (ſ. oben S. 194). Wir müſſen daher ſagen, die juriſtiſche Conſtruktion, welche hier den Willen des Teſtators aufrecht erhält, geht, genauer geſprochen, dahin: die Verfügung iſt anzuſehen, als habe der Erblaſſer einen jeden der Gerufenen inſtituirt als heres sine parte scriptus, zugleich aber demſelben die res certa als Prälegat, jedoch nur unter der ausdrücklichen Bedingung „si heres erit“ hinterlaſſen; jeder Inſtituirte hat alſo einen Anſpruch auf die res certa nur allein in ſeiner Eigenſchaft als Erbe.

Daraus ergibt ſich zunächſt der oben ausgeſprochene Satz, daß der dies cedens für das Prälegat der res certa nicht ſchon mit des Erblaſſers Tod eintritt, es wird vielmehr dazu erfordert, daß gerade der auf dieſe res certa Inſtituirte die Erbſchaft wirklich erwirbt. Verliert alſo derſelbe nach des Erblaſſers Tode [12]) die ſog. testamenti factio passiva, ſo daß er die Erbſchaft nicht antreten kann, oder ſchlägt er dieſelbe aus, ſo erhält er auch auf das Prälegat keinen Anſpruch; ſtirbt er nach des Erblaſſers Tode ohne die Erbſchaft angetreten zu haben, ſo transmittirt er auf ſeine Erben auch keinen Anſpruch auf die res certa, es müßte denn zufällig einer der Transmiſſionsfälle der Erbſchaft vorliegen, wo dann der Transmiſſar ſowohl rückſichtlich der deducta re geſchaffenen pars hereditaria, als auch der res certa ſelbſt ganz in die Stelle des verſtorbenen heres ex re certa institutus eintritt [13]).

Eine fernere Folge iſt, daß der Erbe ſelbſt das ihm bereits

---

[12]) Hat er ſchon im Augenblick des Todes des Erblaſſers keine test. factio, ſo verſteht es ſich ſchon nach gewöhnlichen Grundſätzen von ſelbſt, daß ihm weder Erbſchaft noch Vermächtniß deferirt iſt.

[13]) Ganz ſo, wie der Transmiſſar eines gewöhnlichen Prälegatars, worüber zu vergl. v. Buchholtz, a. a. O. S. 309, Note 40.

zugefallene Prälegat der res certa verliert, wenn er von der Erbschaft, nachdem er dieſelbe wirklich erworben hat, wieder loskommt, geſchehe dieß durch ſeinen Willen (wie wenn er als suus abſtinirt, als extraneus ſich reſtituiren läßt), oder geſchehe es unabhängig von ſeinem Willen. Letzteres gilt namentlich dann, wenn in ſeiner Perſon ein Indignitätsgrund ſich ereignet; ſowohl wenn es ein für Erbſchaften und Vermächtniſſe gemeinſchaftlicher [14]), als auch wenn es ein nur der Erbſchaft eigenthümlicher [15]) Grund iſt, wird derjenige, welcher dem indignus die Erbſchaft entreißt, ganz an die Stelle deſſelben, rückſichtlich des Erbtheils wie rückſichtlich des Prälegates, treten [16]). Ebenſo nimmt man, auf den Grund der Unzertrennlichkeit von Erbtheil und Prälegat, mit Recht an, daß der heres ex re certa inſtitutus, wenn ihm der Teſtator die Reſtitution ſeines Erbtheils an einen Dritten aufgegeben hat, dieſem Alles, auch das Prälegat vollſtändig, reſtituiren muß, weil ſonſt die angeordnete Reſtitution in dieſem Falle, da ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt ſind, jedes Objektes entbehren würde, und mit dem Erbtheile der Teſtator hauptſächlich gerade die res certa mit gemeint hat [17]).

Sind Descendenten oder Aſcendenten des Erblaſſers in dem Teſtamente gegen die Vorſchrift der Nov. 115, cap. 3, 4 präterirt oder exheredirt, ſo ſtürzen bekanntlich die Erbeseinſetzungen zuſammen, die alia capitula testamenti dagegen bleiben beſtehen, beſonders die Vermächtniſſe, alſo auch die den Eingeſetzten hinterlaſſenen

---

[14]) Die Fälle ſ. bei v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II, §. 565, Anmerk. Nro. I.

[15]) Die Fälle ſ. bei v. Vangerow, a. a. O. Nro. II.

[16]) Wie es ſich in den Indignitätsfällen geſtaltet, welche den Vermächtniſſen eigenthümlich ſind, wird weiter unten gefragt werden.

[17]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 475 und die dort Note 66 Angeführten. — Anders freilich, wenn nach des Teſtators Willen der Erbe gerade nur die res certa behalten, und das Uebrige an Andere fallen ſoll, wo dann das oben S. 166 Bemerkte eintritt.

Vorvermächtniſſe, dieſe verwandeln ſich jetzt in ſimple Vermächtniſſe [18]). Anders muß ſich dieſes Letztere geſtalten, wenn die Teſtamentserben auf res certae inſtituirt ſind; die Unzertrennlichkeit von Erbtheil und Prälegat bringt es hier mit ſich, daß dieſelben mit ihrem teſtamentariſchen Erbtheile zugleich die res certae verlieren; ſind die Eingeſetzten zugleich ſelbſt Notherben, ſo erhalten ſie ihre reine Inteſtatportion, ſind ſie extranei, ſo erhalten ſie gar nichts [19]).

Wird das Teſtament wegen Pflichttheilsverletzung mit der querela inofficiosi testamenti umgeſtoßen (was indeſſen ſeit Nov. 115 nur noch vorkommt, wenn Geſchwiſter verletzt ſind, ſo daß denſelben auch nicht einmal ein geringfügiges Vermächtniß hinterlaſſen iſt, welches ſie mit der actio ad supplendam legitimam ſich ergänzen könnten), ſo gelten für die heredes ex re certa instituti im Ganzen ſchon mehr die gewöhnlichen Grundſätze, welche hier bei gehörig eingeſetzten, zugleich mit Prälegaten bedachten, Teſtamentserben eintreten, eben weil bei ſiegreich durchgefochtener Querel die in dem Teſtamente ausgeſetzten Vermächtniſſe nur ſoweit beſtehen bleiben, als das Teſtament nicht umgeſtoßen iſt, d. h. ſoweit, als die Erbeseinſetzungen ſelbſt beſtehen bleiben [20]). Einige Verſchiedenheit wird indeſſen doch eintreten. Wird nämlich das ganze Teſtament umgeſtoßen, ſo fallen zugleich in der Regel alle Vermächtniſſe [21]), auch die heredes ex re certa instituti

---

[18]) Wenn der Inſtituirte nicht ebenfalls Notherbe des Erblaſſers iſt und ſeine Inteſtatportion in Anſpruch nimmt, wo dann das Vermächtniß Prälegat bleibt. v. Buchholtz, a. a. O. S. 570, Note 151, S. 571, Note 152.

[19]) Daß übrigens, wenn der Teſtator ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt, auch die darunter befindlichen Notherben in dieſer Art gültig inſtituirt ſind, bedarf hier keiner beſondern Bemerkung, da wir ja wiſſen, daß und wie die ſo Eingeſetzten hier wirklich als Erben gelten. Es iſt darum hier eine Rückſicht auf Nov. 115, cap. 5 nicht einmal nöthig.

[20]) fr. 13 D. de inoff. test. (5, 2). c. 13 C. eod. (3, 28).

[21]) fr. 8, §. 16 D. de inoff. test. (5, 2).

bekommen alſo ſchon darum (ganz abgeſehen von der Untrennbarkeit des Erbtheils und Prälegates) nicht einmal ihre res certae; ſollte aber einer der Ausnahmsfälle vorliegen, in welchen bei völliger Umſtoßung der Erbeseinſetzungen dennoch die Vermächtniſſe erhalten bleiben [22]), ſo würde ſich für heredes ex re certa instituti doch wieder jene Untrennbarkeit von Erbtheil und Prälegat geltend machen, und bewirken, daß ſie ſelbſt hier nicht einmal die res certae bekommen, während gehörig eingeſetzten Erblegataren dann wenigſtens ihre Prälegate conſervirt bleiben müßten. — Wird dagegen durch die Querel das Teſtament nur *theilweiſe* reſcindirt, ſo iſt zu unterſcheiden. Derjenige heres ex re certa institutus, welcher *unterliegt*, verliert jetzt nicht nur die ihm deducta re geſchaffene pars hereditaria und die darin befindliche pars ſeiner res certa, ſondern auch die übrigen partes rei certae, welche in den Portionen ſeiner teſtamentariſchen Miterben enthalten ſind, nicht bloß (wie natürlich) derjenigen Miterben, welche ebenfalls unterliegen, ſondern auch derjenigen, deren Einſetzung aufrecht erhalten bleibt, während doch ſonſt der unterliegende Erblegatar wenigſtens diejenigen Theile ſeines Prälegats bekommen wird, welche auf den Portionen ſeiner nicht gleichfalls verdrängten Miterben ruhen [23]); der Grund der Verſchiedenheit bei dem heres ex re certa institutus iſt der, daß ſeine nicht verdrängten Miterben nun auch die *ihnen* zugewendeten res certae nicht von ihm zu dem Theile bekommen, welcher in ſeiner verloren gegangenen Erbportion enthalten war [24]). — Derjenige ex re certa Inſtituirte dagegen, welcher *nicht verdrängt* iſt (ſei es, daß er

---

[22]) Alſo wenn der Teſtator, ſeine Notherben irrthümlich für todt haltend, Fremde eingeſetzt hat, fr. 28 D. de inoff. test. (5, 2), oder wenn Verurtheilung und Reſciſſion des Teſtaments nur wegen contumacia der Beklagten erfolgt iſt. fr. 17, §. 1 D eod.

[23]) Arg. fr. 76 pr. D. leg. II.

[24]) Den Einfluß der *Gegenſeitigkeit* der als Prälegate zu behandelnden res certae werden wir unten weiter kennen lernen.

geſiegt hat, oder gar nicht belangt war) behält nicht bloß ſeine künſtlich geſchaffene pars hereditaria und die darin enthaltene pars ſeiner res certa, ſondern auch diejenigen partes dieſer res, welche die gleichfalls etwa nicht verdrängten Teſtamentserben ihm von ihrer Portion zu entrichten haben (wogegen er dieſen aber auch die in ſeiner pars hereditaria befindlichen Theile der ihnen zugewendeten res certae zu präſtiren hat), dagegen erhält er nicht auch diejenigen Theile ſeiner res certa, welche in den früheren Erbtheilen ſeiner verdrängten Miterben lagen, ſowie er auch dieſen nicht die in ſeinem Erbtheile befindlichen Antheile ihrer res certae abzutreten hat, ſondern dieſelben behält.

Fällt nun, abgeſehen von dem Falle einer (gänzlichen oder theilweiſen) Umſtoßung des Teſtaments aus notherbrechtlichen Rückſichten, und abgeſehen von einem Indignitätsfalle, einer der heredes ex re certa instituti weg, ſei es zwiſchen Delation und Erwerb, oder ſei es nach dem Erwerbe durch restitutio in integrum oder beneficium abstinendi, und hinterläßt auch nach Lage der Sache keinen Transmiſſar oder Subſtituten (welche natürlich ganz an ſeine Stelle treten würden), ſo tritt jus accrescendi für die übrigen heredes ex re certa instituti ein, ganz wie dieß auch außerdem bei ſolchem Wegfalle eines Erblegatars gilt; es accrescirt denſelben die dem Weggefallenen deducta re künſtlich geſchaffene pars hereditaria, und ſomit vergrößern ſich auch die Erbantheile an den ihnen ſelbſt von dem Teſtator zugewendeten res certae, dagegen das Prälegat des Weggefallenen erliſcht, ſeine res certa verbleibt nun den Uebrigen pro rata hereditaria [25]). — Ebenſo wird es ſich nach den gewöhnlichen Grundſätzen weiter geſtalten, wenn in genannter Art nicht nur Einer, ſondern Einige der heredes

---

[25]) Sollte der Weggefallene einen conjunctus haben, wie in fr. 11 D. de her. inst. die duo Titii, welche zuſammen auf eine insula inſtituirt ſind (S. 133), ſo accrescirt die vacante Portion natürlich zunächſt dem conjunctus, der auch jetzt die res certa allein erhält.

ex re certa instituti wegfallen, und ſo kann es kommen, daß zuletzt nur noch ein einziger derſelben übrig iſt, dieſer wird nun heres ex asse, und bekommt das Ganze.

II. In dem Folgenden behalten wir nun lediglich den Fall vor Augen, wenn ſämmtliche Eingeſetzte wirklich Erben geworden ſind und Erben bleiben.

Hier hat der Erwerb der Erbſchaft einerſeits die Folge, daß die Gerufenen Erben ſind aequis ex partibus, auf die ihnen deducta re künſtlich geſchaffenen partes hereditariae; in Bezug auf dieſe Erbtheile haben ſie denn, ganz ſo wie dieß bei einem jeden Prälegatare in ſeiner Eigenſchaft als Erben der Fall iſt [26]), alle Rechtsmittel eines Erben, insbeſondere die hereditatis petitio, die actio familiae erciscundae, das interdictum quorum bonorum und die missio ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo.

Andererſeits wird rückſichtlich der res certae mit dem Momente des Erbſchaftserwerbes die Bedingung exiſtent, an welche dieſe Prälegate ſtillſchweigends geknüpft ſind, es tritt für dieſelben nunmehr der dies cedens und dies veniens zugleich ein, die Inſtituirten erhalten einen ſofort realiſirbaren Anſpruch auf dieſe Prälegate.

Hierbei fragt ſich denn zunächſt zweierlei: wie erwerben die Inſtituirten die res certae? und was iſt im Einzelnfalle als zu den ihnen hinterlaſſenen res certae gehörig zu betrachten?

1) Was die erſte Frage betrifft, und zwar:

a) die Rechtsmittel zur Realiſirung dieſer Prälegate, ſo nennen uns, wie wir oben geſehen haben, die Quellen (fr. 35 und 78 pr. D. de her. inst.) lediglich das judicium familiae erciscundae. Dieß ſetzt alſo voraus, daß vor und bis zur Erbtheilung nicht nur die Forderungen und Schulden unter ſämmtlichen Miterben pro rata hereditaria vertheilt ſind, ſondern daß auch

---

[26]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 335.

die körperlichen Erbschaftssachen denselben nach dieser Rate gemeinschaftlich angehören, so daß einem jeden Eingesetzten seine res certa allein und ausschließlich erst dadurch erworben wird, daß sie ihm der Theilungsrichter bei Auseinandersetzung der Erbschaft überhaupt besonders zuspricht.

Bekanntlich aber ist für Realisirung der Prälegate das jud. fam. erc. zwar der gewöhnliche, von den Quellen am häufigsten genannte [27]), keineswegs aber der ausschließliche Weg, es stehen vielmehr auch dem Prälegatar die gewöhnlichen Rechtsmittel eines simpeln Vermächtnißnehmers zu [28]). Es liegt nun durchaus kein Grund vor, warum dieß bezüglich der res certae, wenn auch dieselben nur vermöge juristischer Construktion als Prälegate behandelt werden, nicht ebenfalls gelten sollte.

Ist hiernach die res certa eine einzelne körperliche Sache, und zwar eine res propria testatoris, so darf man dieselbe seit Justinian's Exäquation der Legate und Fideikommisse ohne Anstand als Objekt eines Vindikations-Legates ansehen, denn nach Justinian's Bestimmung geht seitdem ohne Rücksicht auf die Form der Hinterlassung des Vermächtnisses sofortiges Eigenthum überall da über, wo dieß die Natur des Objekts und der Wille des Erblassers zuläßt [29]). Somit wird für eine solche res certa eine besondere Adjudikation durch den Theilungsrichter gar nicht nöthig [30]), vielmehr ist sofort mit dem Erbschaftserwerbe für den auf dieselbe Eingesetzten nicht nur der Anspruch auf die Sache, sondern geradezu das Eigenthum an derselben erworben, und zwar

---

[27]) s. oben S. 148, Note 5 und v. Buchholtz, a. a. O. S. 336 ff.

[28]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 331 ff.

[29]) Ganz so, wie wir dieß oben S. 176, Note 24 auch für die divisio bonorum bemerken mußten.

[30]) Dieß natürlich, wie bei jedem Vindikations-Prälegate, nicht in dem Sinne, als ob nur in dem nach Ausscheiden der res certae Uebrigen die Erbschaft bestünde, s. v. Buchholtz, a. a. O. S. 307, 308.

zurückbezogen auf die Zeit von dem Tode des Erblaſſers an [31]); der Eingeſetzte kann ſofort die res certa gegen die Miterben wie gegen jeden dritten Beſitzer mit der rei vindicatio verfolgen. — Hätte alſo ein Teſtator bei Vornahme einer institutio ex re certa ſeine ſämmtlichen Eigenthumsobjekte berückſichtigt und vertheilt, ſo daß ein unvertheilter Reſt des Vermögens entweder überhaupt nicht vorhanden iſt, oder lediglich in Forderungen und Schulden (welche ja durch den Erbſchaftserwerb ipso jure getheilt ſind) beſteht, ſo wäre eine Auseinanderſetzung der Erbſchaft, ein judicium familiae erciscundae, überhaupt nicht mehr nöthig.

In ähnlicher Weiſe wird ein ſofortiger Rechtsübergang ſtattfinden, wenn die res certa eine Forderung iſt. Obwohl nämlich bei einem legatum nominis die Erben eigentlich zunächſt nur verpflichtet ſind, dem Vermächtnißnehmer ihre Klagantheile an der Forderung beſonders zu cediren [32]), ſo darf derſelbe doch auch ohne ausdrückliche Ceſſion mit dem dies veniens ſofort utiliter die Klage aus der Forderung anſtellen [33]); daſſelbe muß für den Prälegatar einer Forderung [34]), und ſomit auch für den auf die Forderung Inſtituirten gelten; eigentlich hätte der Theilungsrichter, gerade wie wenn er aus ſonſtigen Gründen einem der Erben eine Forderung beſonders zuweiſt [35]), die Abtretung der Klagantheile von Seiten der Miterben zu bewirken, allein auch ohnedieß darf der auf die Forderung Inſtituirte (partim suo partim procuratorio nomine) auf fingirte Ceſſion hin den Schuldner auf das Ganze belangen. — Beſtünde nun des Teſtators geſammtes Vermögen lediglich aus Forderungen, ſo wäre wieder ein judicium

---

[31]) fr. 80 D. de leg. II.

[32]) §. 21 J. de leg. (2, 20), fr. 44, §. 6, fr. 75, §. 2, 3, r. 105 D. de leg. I.

[33]) c. 18 C. de leg. (6, 37).

[34]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 333, Note 11.

[35]) fr. 2, §. 5, fr. 3 D. fam. erc. (10, 2).

fam. erc. überflüſſig, indem jedem Erben bezüglich der Forderung, auf welche er inſtituirt iſt, ſofort aus dem Erbſchaftserwerbe eine actio utilis zuſteht, rückſichtlich der etwa nicht beſonders zugewieſenen Forderungen (wie der Schulden) aber es bei der ipso jure durch den Erbſchaftserwerb herbeigeführten Theilung ſein Bewenden behält [36]).

Indeſſen findet in beiden Fällen, ſowohl wenn auf ein Eigenthumsobjekt, als auch wenn auf eine Forderung inſtituirt iſt, von dem ſoeben als zuläſſig behaupteten ſofortigen Rechtsübergang dann eine Ausnahme ſtatt, wenn das Objekt ein litigioſes iſt. Bekanntlich haben Gratian, Valentinian und Theodos in c. 3 C. de litigiosis (8, 37) beſtimmt, daß, wenn der Erblaſſer eine bewegliche oder unbewegliche res litigiosa oder ein ambiguum chirographum [37]) an Jemanden vermacht, der Honorirte nicht das Objekt einklagen darf, alſo keinen Anſpruch an daſſelbe hat, vielmehr lediglich die Erben ſelbſt die Klage durchzuführen haben, der Honorirte ſoll mit der aestimatio des ihm vermachten Streitobjektes abgefunden werden. Dieſe letztere Beſtimmung und ihre

---

[36]) Ebenſo wird auch bei einer divisio bonorum das judicium fam. erc. überflüſſig, wenn entweder alle corpora hereditaria vertheilt ſind, oder das Vermögen nur aus Forderungen beſteht; derſelben Anſicht iſt gewiß auch v. Buchholtz S. 242, Note 49, denn wenn er dort ſagt, wenn der Erblaſſer ſein ganzes Vermögen in Form von Vermächtniſſen vertheilt habe, ſo werde, ſelbſt wenn das Vermögen nur aus Kapitalien beſtehe, zwiſchen den einzelnen Erben in ihrer Eigenſchaft als Prälegatarien die fam. erc. actio ſtattfinden — meint er damit wohl nur die Zuläſſigkeit, nicht die Nothwendigkeit dieſer Klage.

[37]) Wir theilen die Meinung der Mehrzahl der Juriſten (z. B. v. Vangerow, Lehrbuch der Pand. Bd. I, S. 290, 6. Aufl., 1851), daß dieſe Worte dem ganzen Zuſammenhange der Verordnung nach nur eine wirklich im Streite befangene Forderung bezeichnen wollen; Bachofen (ausgewählte Lehre des Röm. Civilr. S. 70, Note 43) faßt ſowohl dieſe Worte als auch den Ausdruck res litigiosa in dieſer Verordnung als unabhängig von allem Proceß auf, in der weiten Bedeutung von Gegenſtänden zweifelhaften Rechtes.

ſpätere Modificirung durch Juſtinian wird uns erſt weiter unten von Intereſſe ſein; hier geht uns nur die erſtere Beſtimmung an. Daß nun dieſelbe auch Denjenigen trifft, welcher auf ein ſolches Objekt inſtituirt iſt, dürfen wir ſchon nach allgemeinen Gründen annehmen, eben weil er in Beziehung auf ſeine res certa als Vermächtnißnehmer gilt, es wird aber überdieß noch in der Verordnung ſelbſt ausdrücklich geſagt. Es heißt nämlich darin:

> Quicunque rem litigiosam, vel ambiguum chirographum, quodlibet denique mobile vel immobile fisco nostro vel potentiori seu aliis personis in testamento sive codicillo legaverit, fideive commiserit, aut per hereditatem reliquerit, etc.

Man hat wohl behauptet [38]), dieſe letzteren Worte ſeien nichts als ein anderer Ausdruck für die unmittelbar vorhergehenden, indem ſie ſonſt keinen beſtimmten Sinn gäben, allein es iſt damit offenbar nichts anderes als eine Erbeseinſetzung [39]) auf dieſe Sachen, alſo ſpeciell eine institutio ex re certa gemeint. Nun ſcheinen dieſe Worte allerdings einen Fall vorauszuſetzen, in welchem neben dem auf das Streitobjekt Inſtituirten andere gehörig eingeſetzte Erben vorhanden ſind, indem ſonſt (abgeſehen von den Gründen, welche wir, um nicht der rechtlichen Behandlung dieſes Falles vorzugreifen, auf den dritten Abſchnitt verſparen wollen) die nachfolgende geſetzliche Beſtimmung doch mit der Modifikation verſehen ſein müßte, daß der auf das Streitobjekt Inſtituirte wenigſtens pro rata hereditaria an der Klage participire, und nur nicht ausſchließlich dieſelbe verfolgen dürfe; allein ſicher iſt jene Vorausſetzung der Kaiſer nur eine zufällige, und die Entſcheidung muß, nur dann mit der ſoeben gemachten Modifikation,

---

[38]) Mühlenbruch, Ceſſion §. 31, Note 305.

[39]) Bachofen, a. a. O. S. 70, Note 42. Hierin haben wir alſo zugleich einen Fall, in welchen die Quellen eine Forderung als Gegenſtand der institutio ex re certa erwähnen.

ebenſogut auch da gelten, wo ſämmtliche übrigen Miterben auf res certae inſtituirt ſind, ſo gut wie ſie in dieſer Art gewiß auch dann anwendbar iſt, wenn die Erben gehörig eingeſetzt ſind, Einem oder Einigen unter ihnen aber das Streitobjekt als ein ausdrückliches Prälegat hinterlaſſen iſt.

Außer der rei vindicatio bei zugetheilter res propria testatoris, und der utilis actio bei zugetheilter Forderung muß dem Inſtituirten, wie jedem Vermächtnißnehmer, die actio personalis ex testamento [40]) gegen die Miterben und deren Univerſal-Succeſſoren zuſtehen, dieß ſelbſt wenn die res certa eine res propria testatoris iſt, alſo hier in elektiver Concurrenz mit der rei vindicatio [41]). Gerichtet iſt dieſe Klage zunächſt auf Leiſtung der res certa und alles deſſen, was nach den unten sub 2 anzugebenden Grundſätzen zu derſelben als accessio rei gehört; außerdem aber auch auf die mögliche accessio obligationis, d. h. auf alles dasjenige, was die Miterben wegen nicht gehörig erfüllter Verbindlichkeit rückſichtlich der res certa noch überdieß zu leiſten haben. Dahin gehört zunächſt Erſatz des durch ihre Schuld entſtandenen Schadens; was hierbei die Präſtation der culpa bezüglich der res certa von Seiten der Miterben betrifft, ſo muß man nach allgemeinen Grundſätzen gewiß ſo unterſcheiden: ſoferne die res certa auch den Miterben noch pro parte gehört (z. B. für die Zeit, in welcher der auf die res Inſtituirte die Erbſchaft noch nicht angetreten hat), geht die Haftbarkeit wie unter Miterben überhaupt auf diligentia qualis in suis rebus [42]), ſoferne ſie dagegen dem heres ex re certa bereits

---

[40]) Mit dieſem Zuſatze „ex testamento“ dürfen wir die Klage jedenfalls hier bezeichnen, wenn auch derſelbe ſonſt nicht immer bei perſönlichen Klagen aus Vermächtniſſen als zuläſſig erſcheint; v. Buchholtz, a. a. O. S. 332, Note 8.

[41]) Dieß von dem Standpunkte des Juſtinianeiſchen Rechtes (c. 1 C. comm. de leg. et fid.) aus.

[42]) arg. fr. 25, §. 16 D. fam. erc. (10, 2).

ausschließlich zugefallen ist, haften die Miterben für omnis culpa [43]). Ferner gehört zur accessio obligationis die Prästation der Folgen einer etwaigen mora, insbesondere also die Haftung für casus [44]), für Früchte und Zinsen [45]), wobei sowohl bezüglich dieser Prästationen als des Zeitpunkts des Verzugs ganz die gewöhnlichen Grundsätze der mora gelten [46]). — Gesichert ist der mit der actio personalis zu verfolgende Anspruch auch für den heres ex re certa institutus durch das von Justinian in c. 1 C. comm. de leg. et fid. (6, 43) allen Vermächtnißnehmern gegebene Pfandrecht, und zwar an demjenigen, was die Miterben aus der Erbschaft erhalten haben.

Dagegen ist es dem Erben nicht gestattet, sich in den Besitz der res certa, selbst wenn dieselbe bereits in sein Eigenthum übergegangen ist, durch eigenmächtige Occupation zu setzen; hier würde vielmehr gegen ihn, wie gegen jeden Prälegatar [47]), den Miterben, sofern sie nicht in die Besitzergreifung eingewilligt haben, das interdictum quod legatorum zustehen rücksichtlich derjenigen partes rei, welche in den Erbportionen dieser Miterben enthalten sind.

b) Hat nun der Erbe auf einem der genannten Wege die res certa erworben, so ist der Titel, auf welchen hin er dieselbe inne hat, wie bei jedem Prälegate, ein zweifacher: denjenigen Theil der res certa, welcher in seiner eignen pars hereditaria liegt, hat er jure heredis, diejenigen Theile dagegen, welche er von den partes hereditariae der Miterben bekommt, hat er jure legati. Der Einfluß des Nebeneinanderstehens dieser beiden Titel

---

[43]) arg. fr. 47, §. 5 D. de leg. I.

[44]) fr. 47, §. 6 D. de leg. I, c. 3 C. de usur. leg. (6, 47).

[45]) Paul. sent. rec. III, 8, §. 4, fr. 39, §. 1 D. de leg. I, fr. 87, §. 1 D. de leg. II, fr. 26 D. de leg. III, c. 1, 2, 4 C. de usur. leg. (6, 47).

[46]) Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. I, S. 489 ff.

[47]) fr. 1, §. 6 D. quod legatorum (43, 3).

iſt auch hier ganz derſelbe wie bei jedem Prälegate [48]), es wird davon in einzelnen Rückſichten gelegentlich unten Anwendung gemacht werden, wie wir auch ſchon vorhin bei dem interdictum quod legatorum eine ſolche kennen gelernt haben.

2) Wir kommen nunmehr zur zweiten der oben aufgeworfenen Fragen: was gehört alles zu der res certa? Im Allgemeinen iſt die Antwort, es kommt darauf an, was der Teſtator als res certa bezeichnet hat, und es gehört dann zu derſelben alles dasjenige, was zu ihr gehören würde, wenn gerade dieſe res certa Gegenſtand eines wirklich angeordneten Vermächtniſſes wäre, wofür denn theils die Natur der Sache, theils die Abſicht des Erblaſſers maaßgebend iſt.

Hiernach ſind folgende Hauptfälle hervorzuheben:

a) beſteht die res certa in einem einzelnen Eigenthumsobjekte des Erblaſſers, ſo müſſen wir davon ausgehen, daß eine ſolche Sache im Juſtinianeiſchen Rechte als Gegenſtand eines Vindikationslegates aufzufaſſen iſt; das Eigenthum an derſelben wird alſo dem mit ihr Honorirten ſofort mit dem Erbſchaftserwerbe (als dem dies veniens) erworben, und von da unmittelbar auf des Erblaſſers Tod zurückbezogen [49]). Auf den Grund dieſes vom Tode des Erblaſſers an datirenden Eigenthums gehören dann dem auf die Sache Inſtituirten ganz nach den allgemeinen Grundſätzen über Vindikation einer Sache, welche uns von einer beſtimmten Zeit an gehört, alles dasjenige, was auch ſonſt als Acceſſion einer Sache anzuſehen iſt, und zwar ſoweit es ſchon bei des Erblaſſers Tode vorhanden war, oder ſeitdem dazu gekommen

---

[48]) ſ. darüber v. Buchholtz, a. a. O. S. 344, Note 65 ff.

[49]) Zwar gilt, wie oben gezeigt wurde, die res certa als ein bedingtes Vermächtniß, allein die Bedingung für den Inſtituirten iſt ja gerade die: si heres erit; ſobald er aber Erbe wird, wird ſein Erbſchaftserwerb, und ſomit auch ſein Recht an der res certa, auf den Tod des Erblaſſers zurückbezogen.

iſt; namentlich alſo, wenn die Sache eine fruchttragende iſt, die Früchte, welche bei des Erblaſſers Tode noch pendentes ſind, ſowie die von da an weiter aufgekommenen Früchte, wobei indeſſen der bonae fidei possessor der Sache nur ſoweit haftet, als er überhaupt wegen der Früchte tenent iſt. — Weſentlich verſchieden von dieſem, ganz unabhängig von einer etwaigen mora solvendi begründeten, rein als accessio rei zu betrachtenden, Eigenthumsrechte an den Früchten der Sache iſt der weitere Anſpruch auf Früchte, welcher als accessio obligationis durch etwaige mora herbeigeführt wird, und in dem Erſatze auch für die nicht wirklich gezogenen, ſondern vernachläſſigten Früchte beſteht, welche der mit der Sache honorirte Erbe von der mora an hätte ziehen können [50]); ebenſo die nach gewöhnlichen Vindikationsgrundſätzen zu

---

[50]) Im Gegenſatze zu der gewöhnlichen Lehre, wonach ein Vermächtnißnehmer erſt mit der mora des Gravirten einen Anſpruch auf die Früchte (ſoferne dieſelben nicht ausdrücklich mitvermacht ſind) haben ſoll, macht ſchon Mühlenbruch (Lehrb. der Pand. §. 755) auf den Unterſchied von accessio rei und accessio obligationis aufmerkſam; noch ſchärfer und richtiger thut dieß Roßhirt (Vermächtniſſe Bd. I, S. 480 ff. und 488 ff.), indem er die accessio rei nicht wie Mühlenbruch erſt von der Zeit an datirt, wo der Vermächtnißnehmer klagen kann, ſondern ſchon von der Zeit an, wo ihm das Eigenthum als erworben gilt. Daß nämlich: 1) von da an, wo die Sache als ſein Eigenthum erſcheint, ihm auch die hier vorhandenen und ſpäter wirklich aufgekommenen Früchte ebenfalls als Eigenthum mitgehören, dieß wird nicht nur ausdrücklich geſagt, Paul. sent. rec. III, 6, §. 46. fr. 42 D. de usuris (22, 1), ſondern es folgt ſchon von ſelbſt eben aus ſeinem Eigenthum an der Sache; darum galt es von jeher ſowohl für Legate wie für Fideikommiſſe, nur daß rückſichtlich der Zeit des Eigenthumserwerbes natürlich ein Unterſchied nach der Form des Vermächtniſſes ſtattfinden mußte, indem bei dem Vindikationslegat das Eigenthum, weil es mit dem dies cedens ipso jure erworben und dann auf des Erblaſſers Tod zurückbezogen wird (fr. 80 D. de leg. II) ſchon mit auf die zur Todeszeit des Erblaſſers hängenden Früchte ging (Paul. l. c.), während bei den übrigen Vermächtniſſen, insbeſondere bei allen Fideikommiſſen, erſt von der Eigenthumsübertragung durch den gravatus das Recht auf die nun vorhandenen und aufkommenden Früchte begann (fr. 42 D. cit.); ſeit Juſtinian gelten natürlich überall da, wo Eigenthum ſofort

beurtheilende Fruchterſatzpflicht eines etwaigen malae fidei possessor der Sache.

Wäre ein Erbe auf eine Forderung inſtituirt, ſo würden zu derſelben als accessio rei rückſtändige Zinſen, Nebenleiſtungen wegen Schadenserſatz, und acceſſoriſche Rechtsverhältniſſe (z. B. Pfandrecht, Bürgſchaft) ganz in derſelben Art gehören, wie bei einem wirklich angeordneten legatum nominis [51]).

b) Iſt ein Erbe auf einen Inbegriff von Sachen, auf eine universitas rerum, inſtituirt, ſo richtet ſich die Frage, was Alles dazu gehört, wieder ganz nach den Grundſätzen, welche für eine wirklich vermachte universitas rerum der fraglichen Art gelten [52]). Insbeſondere alſo wird zunächſt des Teſtators deutliche Abſicht entſcheiden, ſodann aber die Meinung, welche die Lebensanſicht überhaupt mit der von dem Erblaſſer genannten res certa ver-

---

übergehen kann und ſoll, die Grundſätze des Vindikationslegats. — Dabei verſteht ſich noch, daß jener als accessio rei erſcheinende Fruchtanſpruch ſich nach den gewöhnlichen Grundſätzen der rei vindicatio erhöhen oder vermindern kann, ſofern gegen einen dritten possessor bonae oder malae fidei geklagt wird. 2) Wenn dagegen die Quellen ſo oft (in der Regel in Verbindung mit Erörterung der Zinspflicht) ſagen, Früchte präſtire der gravatus erſt von der mora an, ſo iſt dieß eben nur von dem Anſpruche zu verſtehen, welcher nicht aus dem Fundamente des Eigenthums (als accessio rei), ſondern rein obligatoriſch aus dem der verzögerten Uebergabe der Sache von Seiten des gravatus an den Vermächtnißnehmer (als accessio obligationis) entſteht; das was hier fructus genannt wird, ſind darum nicht ſowohl wirklich gezogene und vorhandene, ſondern Erſatz für vernachläſſigte (welche der Vermächtnißnehmer a momento moræ hätte ziehen können, fr. 39, §. 1 D. de leg. I), alſo keine Eigenthumsobjekte, ſondern Präſtationen, und zwar gelten für dieſelben ganz die gewöhnlichen Grundſätze der mora, womit unter andern zuſammenhängt, daß dieſe, als accessio obligationis erſcheinenden, Früchte im ältern Recht nicht von den legatis (wegen des jus strictum), ſondern nur bei Fideikommiſſen gefordert werden konnten. Gaj. II, §. 280.

[51]) Roßhirt, Vermächtniſſe, Bd. II, S. 250, Nummer VII.

[52]) ſ. darüber Burchhardi, Syſt. u. innere Geſch. des Röm. Privatr. S. 1255—1260.

bindet [53]). Es wird ferner alles dasjenige dazu gehören, was hiernach in dem fraglichen Inbegriff zur Zeit des Todes des Erblassers sich findet [54]), wenn nicht erhellt, daß derselbe nur das zur Zeit der Testamentserrichtung Vorhandene gemeint hat [55]), es wird ferner darauf ankommen, daß die Bestimmung einer Sache gerade die ist, für beständig zu dem fraglichen Inbegriff zu gehören, so daß es unter dieser Voraussetzung gleichgültig ist, ob zur Zeit des Todes des Erblassers eine dahin gehörige Sache zufällig an einem andern Orte anwesend ist [56]), sowie auch umgekehrt eine zufällig anwesende, aber nicht zu dem Inbegriff gehörige Sache, auch nicht zu demselben zu zählen ist [57]). Ebenso werden Forderungen und Schulden keiner Art zu dem Inbegriffe gehören, soferne sie nicht ausdrücklich mit vermacht sind [58]), daher denn auch, wenn als res certa Alles bezeichnet ist, was sich an einem gewissen Orte findet, die darunter etwa befindlichen Schuldverschreibungen im Zweifel nicht dazu gehören [59]).

Ganz diesen Grundsätzen entsprechend behandelt nun auch Ulpian in §. 3 des fr. 35 D. de her. inst. die Frage, was bei den auf die res Italicae und res provinciales Instituirten zu jedem dieser Vermögen gehöre, dahin: et facit quidem totum voluntas testatoris, nam quid senserit, spectandum est; veruntamen hoc intelligendum erit, rerum Italicarum significatione eas contineri, quas perpetuo quis ibi habuerit, atque ita dispo-

---

[53]) fr. 7, §. 2 D. de suppell. leg. (33, 10).

[54]) Z. B. fr. 21 D. de leg. I. fr. 28 D. quando dies (36, 2).

[55]) Z. B. fr. 7. fr. 40 pr. D. de auro arg. (34, 2).

[56]) fr. 86 D. de leg. III. fr. 20, §. 6. 8 D. de instr. leg. (33, 7).

[57]) fr. 86 D. de leg. III. fr. 18, §. 12 D. de instr. leg. (33, 7). c. 2 C. de V. S. (6, 38).

[58]) Z. B. fr. 6 D. de instr. leg. (33, 7).

[59]) fr. 86 pr. D. de leg. II. fr. 41, §. 6, fr. 92 D. de leg. III. fr. 18, §. 14 D. de instr. leg. (33, 7).

suit, ut perpetuo ibi haberet. Ceteroquin si tempore, in quo translulit in alium locum, non ut ibi haberet, sed ut denuo in pristinum locum revocaret, neque augebit, quo translulit, neque minuet, unde translulit; utputa de Italico patrimonio quosdam servos miserat in provinciam, forte Galliam, ad exigendum debitum, vel ad merces comparandas, recursuros, si comparassent, dubium non est, quin debeat dici, ad Italicum patrimonium eos pertinere debere. — Dieß wird ſodann in weiteren Beiſpielen durchgeführt, und ganz in Gemäßheit dieſer Grundſätze entſcheidet zuletzt in §. 4 und 5 Ulpian die im Anfange der ganzen Stelle aufgeworfene Frage dahin, daß die mit Italiſchem Gelde in der Provinz erkauften Waaren, ſo gut wie vor dem Ankaufe dieſes Geld ſelbſt, zu den res Italicae gehören, alſo dem auf dieſes Vermögen eingeſetzten Erben zukommen.

c) Endlich wird ſich, wenn einer der Erben auf eine ſog. universitas juris, z. B. auf ein peculium [60]), inſtituirt ſein ſollte, der Umfang dieſer res certa ganz nach demjenigen beſtimmen, was in ſolchen Fällen in Betracht kommen würde, wenn dieſe universitas wirklich vermacht wäre. Insbeſondere werden hier, im Gegenſatze zu den vorhin erwähnten universitates rerum, mit der res zugleich die auf dieſelbe bezüglichen Forderungen und Schulden auch in juriſtiſcher Verbindung ſtehen, und darum auf indirektem Wege ausſchließlich dem auf die universitas Inſtituirten aktiv wie paſſiv zuzuweiſen ſein [61]).

---

[60]) Im heutigen Rechte würde dieß nur noch bei dem peculium profectitium eines filiusfamilias vorkommen.

[61]) Z. B. bei einer institutio auf ein peculium würden Forderungen und Schulden allerdings zunächſt ſämmtlichen Erben pro rata hereditaria zuſtehen, allein Pekuliar-Forderungen hätten die Miterben dem auf das peculium Inſtituirten entweder zu ihren Raten abzutreten, fr. 19, §. 1 D. de pecul. leg. (33, 8), oder das von ihnen bereits Einkaſſirte herauszugeben, fr. 5 D. eod.; wegen Bezahlung von Pekuliarſchulden müßte er den Miterben caviren, fr. 17, 18 D. eod. Selbſt dieſe Grundſätze würden eine

Der hauptſächliche Fall wird der ſein, daß der Teſtator auf eine ihm erworbene, und ſomit Beſtandtheil ſeines Vermögens gewordene, Erbſchaft einen ſeiner Erben inſtituirt; demſelben gebührt hier wie bei einem wirklichen legatum hereditatis [62]) alles bei des Teſtators Tode noch von dieſer Erbſchaft Vorhandene, beſonders auch die etwa noch ausſtehenden Forderungen derſelben, welche ihm dann die Miterben nach den ihnen jure hereditario zuſtehenden Raten zu cediren haben, wogegen andererſeits er ſich ihnen verpflichten muß, die aus dieſer Erbſchaft etwa noch herrührenden Schulden allein zu bezahlen. Alles dieß wird dann (obwohl rückſichtlich der Forderungen auch actiones utiles hinreichen [63]) bei Auseinanderſetzung der Erbſchaft dadurch bewirkt, daß der Theilungsrichter den Erben stipulationes des genannten Inhaltes rückſichtlich jener Forderungen und Schulden auferlegt, geradeſo wie da, wo er aus ſonſtigen Gründen einzelne Forderungen oder Schulden der Erbſchaft einem der Miterben ausſchließlich zuweiſt, und ganz mit den auch in letzterem Falle eintretenden Wirkungen [64]).

Wir finden nun in den Quellen, und zwar in dem bereits oben (S. 132 a. E. u. S. 150) erwähnten fr. 78 pr. D. de her. inst., in der That einen Fall, in welchem ein Teſtator institutiones ex re certa auf ihm erworbene Erbſchaften angeordnet hat, wobei denn das hier eintretende Rechtsverhältniß ganz in

---

Modifikation erleiden bei denjenigen Forderungen und Schulden, welche zwiſchen dem Erblaſſer oder Erben auf der einen, und dem peculium auf der andern Seite beſtehen, fr. 6 pr. §. 4 D. eod.

[62]) fr. 76, §. 1 D. de leg. II. Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publii Maevii; Sempronius ea demum onera suscipiet, quae Maevianae hereditatis fuerunt, et in diem mortis ejus, qui heres Maevii extitit, perseveraverunt, sicut vice mutua praestabuntur actiones, quae praestari potuerunt.

[63]) ſ. oben S. 211, Note 33, 34.

[64]) fr. 2, §. 5, fr. 3 D. fam. erc. (10, 2). fr. 69, §. 2 D. de leg. I.

der eben angegebenen Weiſe regulirt wird. Der Erblaſſer hatte auf ſein mütterliches Vermögen einen Freigelaſſenen, auf ſein väterliches Vermögen den Titius eingeſetzt; Papinian entſcheidet, die Eingeſetzten ſeien zwar Erben zu gleichen Theilen, allein der arbiter familiae erciscundae habe des Teſtators Willen dadurch zu realiſiren, daß er, jedoch salva Falcidia, einem jeden der Erben das, worauf ihn der Teſtator inſtituirt habe, zuweiſe: factis adjudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus.

Die hier durch den Druck hervorgehobenen Worte, deren Erklärung oben (S. 150, Note 7) abſichtlich verſchoben worden iſt, verſtand man ſchon von der Gloſſe an [65]) von Cautionen auf verhältnißmäßige Rückgabe, wenn ſich ſpäter zeigen ſollte, daß wegen jetzt noch unbekannter Anſprüche Dritter gegen die Erbſchaft, beſonders wegen Schulden und anderweiter Vermächtniſſe, der Theilungsrichter zu viel zugewieſen habe. Insbeſondere will Cujacius dieſe Erklärung dadurch beſtätigt finden, daß Ulpian am Ende des §. 1 von fr. 35 D. de her. inst. (ſ. oben S. 128) ſagt: quodsi sit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas; zu dem rectissime probatur ſei nämlich zu ſuppliren a Papiniano [66]) (auf welchen ſich Ulpian bereits im Anfange dieſes §. 1 beruft), und zwar referire Ulpian dieſe Entſcheidung ſpeciell aus jenen Worten des fr. 78 pr. D. cit., wie denn überhaupt fr. 35 cit. als ein Commentar gerade dieſer letzteren Stelle anzuſehen ſei.

Allein dieſe Deutung jener cautiones iſt unſerer Anſicht nach nicht zu billigen, vielmehr erklärt ſich deren Sinn aus dem In-

---

[65]) Glossa Accursii ad h. l. verb. cautionibus. — Cujac. comment. ad tit. D. 28, 5 ad h. l. — Pothier, Pandectae lib. 28, tit. 5, Nro. XXXV, not. 2. — Schulting, Notae ad Pand. ed. Smallenburg Tom. V, pag. 72.

[66]) Cujac. in comm. nd tit. D. 28, 5 ad l. 35 verb. rectissime probatur.

dividuellen des vorliegenden Falles, nämlich daraus, daß gerade Erbſchaften Gegenſtand der Erbeseinſetzungen ſind; die Worte interpositis propter actiones cautionibus ſind zu beziehen auf die Forderungen und Schulden, welche einerſeits aus dem väterlichen, andererſeits aus dem mütterlichen Vermögen des Teſtators etwa noch vorhanden ſind, dieß ſind die hier gemeinten actiones; Papinian ſpricht damit aus, der Theilungsrichter habe hier (wie bei jedem legatum hereditatis) unter den Betheiligten diejenigen cautiones (stipulationes) zu vermitteln, durch welche nach dem von uns oben Bemerkten bewirkt wird, daß dem auf eine Erbſchaft Eingeſetzten die mit ihr zuſammenhängenden Obligationsverhältniſſe auf indirektem Wege ausſchließlich zugewieſen ſind.

Sollten ſich die cautiones auf eventuelle Rückgabe des Empfangenen beziehen, ſo hätte dieß Papinian gewiß deutlicher hervorgehoben (etwa ſo wie es Ulpian in den obigen Worten des §. 1 fin. in fr. 35 cit. thut), außerdem aber wäre es auffallend, daß er dann einen mehr zufälligen und ferner liegenden Punkt berührt hätte, nicht aber den in concreto weſentlichen und nahe liegenden rückſichtlich der fraglichen Obligationsverhältniſſe; auch reihen ſich nach unſerer Erklärung jene Worte viel natürlicher an die vorhergehenden: factis adjudicationibus an, beide zuſammen gehen dann auf die Beſtandtheile der zuzuweiſenden Objekte, rückſichtlich der in den Erbſchaften enthaltenen körperlichen Sachen ſollen adjudicationes, rückſichtlich der darin befindlichen Forderungen und Schulden ſollen cautiones, i. e. stipulationes eintreten.

Iſt unſere Anſicht gegründet, ſo kann auch Ulpian mit den obigen Worten rectissime probatur ſich unmöglich hieher auf unſer fr. 78 pr. cit. bezogen haben, und wir haben, worauf ſchon oben (S. 153, Note 12) aufmerkſam gemacht wurde, einen Grund weiter für die Unrichtigkeit der Anſicht von Cujacius, daß das fr. 35 D. de her. inst. als ein Commentar des fr. 78 pr. D. eod. anzuſehen ſei; in §. 1 der erſteren Stelle ſagt nämlich Ulpian bei der Frage, wie weit der auf den fundus Cornelianus,

ſowie der auf den fundus Libianus Eingeſetzte die Erbſchaftsſchulden zu bezahlen habe: et refert Papinianus — pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse, wie denn lediglich nach dieſen Raten in den beiden von fr. 35 cit. beſprochenen Fällen (Einſetzung auf die res Italicae und provinciales, auf den fundus Cornelianus und Libianus) ſich ſowohl Schulden als Forderungen richten, während in dieſer Beziehung in dem von fr. 78 pr. cit. unterſtellten Falle ein anderes Reſultat, wenn auch nur auf indirektem Wege, herbeigeführt wird.

Abgeſehen von dieſer Stelle Papinian's dürfen wir noch in einem anderen, ebenfalls in den Quellen enthaltenen Falle eine institutio ex re certa, deren Gegenſtand eine von dem Teſtator erworbene Erbſchaft iſt, erblicken. In const. 14 Cod. de her. inst. (6, 24) ſagt Juſtinian Folgendes: wenn Jemand (der nicht Plotius heißt) folgende Erbeseinſetzung gemacht habe: „Sempronius Plotii heres esto“, ſo ſei dieſelbe nach der Annahme der alten Juriſten gültig geweſen, wie wenn der Teſtator, irrthümlich glaubend er heiße Plotius, ſich ſelbſt den Sempronius zum Erben eingeſetzt habe; dieß ſolle aufhören, vielmehr eine ſolche Einſetzung geradezu ungültig ſein, außer in zwei Fällen: wenn der Teſtator dabei zugleich ſich zunächſt einen Plotius zum Erben eingeſetzt habe, Sempronius ſolle hier als Subſtitut des Plotius gelten; ferner wenn der Teſtator einen Plotius beerbt habe, hier ſei es offenbar, daß er den Sempronius ſich ſelbſt zum Erben ernannt habe, ut per mediam ipsius personam Plotii heres efficiatur; et hoc argumentamur ex antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem. Augenſcheinlich hat Juſtinian hierbei einen Fall gemeint, in welchem der Teſtator den Sempronius als einzigen Erben eingeſetzt hat, und ſchon hier wird derſelbe als ein heres ex re certa in Betracht kommen, deſſen rechtliches Verhältniß ſich ganz nach den Grundſätzen unſeres erſten Abſchnittes zu geſtalten hat.

Sollte indeſſen ein Teſtator, welcher den Plotius beerbt hat, mehrere Erben, und zwar dieſelben ſämmtlich auf res certae eingeſetzt, dabei aber rückſichtlich eines derſelben beſtimmt haben: er ſoll der Erbe des Plotius ſein, ſo hat es auch hier keinen Anſtand, daß dieſer als ein heres ex re certa institutus, und zwar ganz ſo zu behandeln iſt, wie der in fr. 78 pr. D. de her. inst. auf die bona materna, oder auf die bona paterna inſtituirte Erbe.

§. 13.

II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung)

III. In dem Bisherigen (II) wurde immer vorausgeſetzt, daß die Eingeſetzten ihre res certae wirklich bekommen; es kann aber auch der Fall ſein, daß einer oder der andere der Eingeſetzten, obwohl er Erbe wird und Erbe bleibt, dennoch die Sache, worauf er inſtituirt iſt, entweder gar nicht oder doch nicht vollſtändig bekommt.

Wann dieß eintritt, und wie ſich hier das Verhältniß geſtaltet, haben wir nunmehr zu unterſuchen.

A. Vor Allem iſt es möglich, daß der Teſtator mit Einſetzung auf die res certae die für Zuwendung von Vermächtniſſen rechtlich beſtehenden Grenzen der Honorirung überſchritten hat. Abgeſehen von dem, aus guten Gründen erſt weiter unten zu erörternden Falle der Ueberſchwerung der Erbſchaft durch die res certae wird eine ſolche Ueberſchreitung herbeigeführt durch das Vorhandenſein von Erbſchaftsſchulden, durch Pflichttheilsverletzung eines der Inſtituirten, und durch das Eingreifen der lex Falcidia.

1) Es iſt ein allgemeiner Grundſatz für Vermächtniſſe, und ſomit auch für Vorvermächtniſſe, daß ſie nur ſoweit gültig ſind, als nach Abzug der Erbſchaftsſchulden noch aktives Vermögen aus dem Nachlaſſe übrig iſt; ſie werden gänzlich ungültig, wenn die Schulden größer ſind als die Aktiva, ſie vermindern ſich verhältnißmäßig, wenn nach Abzug der Schulden zwar noch etwas reines Vermögen vorhanden iſt, aber nicht ſoviel, daß

daraus die Vermächtniſſe vollſtändig entrichtet werden können [1]). Dieſen Grundſatz finden wir denn auch für unſere institutio ex re certa angewendet von Ulpian in fr. 35 D. de her. inst. Es heißt dort zunächſt in §. 1 : Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter (nämlich gerade weil die res certae vice praeceptionum aufgefaßt werden) dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti; durch die letzten Worte ſoll, wie ſchon die Gloſſe [2]) hervorhebt, natürlich nicht geſagt werden, daß hier die Inſtitutionen ſelbſt, und ſomit das Teſtament, ungültig werde, Erben bleiben die Inſtituirten, aber ſie erhalten nichts, und ſo werden ſich die Vorvermächtniſſe der res certae nicht realiſiren. Es heißt ferner in §. 2 jener Stelle : Quae res facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit — in aliis minus, et aeris alieni ratio urgeat, dici imminutionem eandem fieri, quam supra ostendimus.

Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſeit Nov. 1, cap. 2, §. 2 auch hier derjenige Miterbe, welcher ein Inventar nicht errichtet hat, den von ihm zu präſtirenden Theil der den Miterben zuſtehenden res certae vollſtändig zu leiſten hat, etsi legatorum praestatio modum purae substantiae defuncti excedat.

2) Es kann ſein, einem oder mehreren der Inſtituirten ſind res certae von ſo großem Werthe zugewendet, daß dadurch andere Inſtituirte, welche zugleich Pflichttheilsberechtigte des Teſtators ſind, in ihrem Pflichttheile verletzt werden. Wie geſtaltet ſich hier das Rechtsverhältniß ?

---

[1]) §. 1 J. de sing. reb. (2, 24). fr. 66, §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2): — legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit. fr. 17 D. de mort. caus. don. (39, 6). c. 15 C. de legat. (6, 37). — v. Buchholtz, a. a. O. S. 437.

[2]) Glossa ad h. l. verb. „nullius“ : quoad hoc ut valeant praeceptiones; heredes tamen sunt, quia hereditas dicitur etiam quae solvendo non est. — S. auch v. Buchholtz, a. a. O. S. 12, Note 54 a. E., S. 600, Note 269.

a) Was zunächſt die Frage betrifft, ob ein pflichttheilsberechtigter heres ex re certa institutus in dem Betrage ſeines Pflichttheils verletzt iſt, was er ſich alſo in denſelben einzurechnen hat, ſo gelten darüber ganz die gewöhnlichen Grundſätze. Außer ſeinem Antheile an dem etwa unvertheilten Reſte des Nachlaſſes hat er ſich namentlich auch die res certa ſelbſt, auf welche er inſtituirt iſt, einzurechnen, und, wenn dieſelbe eine fruchttragende Sache iſt, auch die bei des Erblaſſers Tode noch hängenden Früchte derſelben, nach dem Betrage, zu welchem ſie in dem gedachten Momente die substantia testatoris vermehren[3]); nur ſoviel, als ihm hiernach an dem Quantum ſeines Pflichttheils noch fehlt, kann er weiter beanſpruchen.

Daß er ſich ſeine res certa einrechnen muß, iſt nicht nur eine ſelbſtverſtändige Folge der allgemeinen in §. 6 J. de inoff. test. (2, 18) und c. 36 pr. C. eod. (3, 28) ausgeſprochenen Grundſätze, indem er die Sache mortis causa (theils jure hereditario, theils jure legati) unmittelbar ex substantia testatoris erhält[4]), ſondern es wird auch noch ausdrücklich beſtimmt von Juſtinian in Nov. 115, cap. 5 pr. :

---

[3]) arg. fr. 9 pr. D. ad leg. Falc. (35. 2). Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XXXV, S. 284, Note 44. Ebenſo iſt es mit etwaigen andern, zur Zeit des Todes des Erblaſſers bereits fälligen Nutzungen der res certa. — Nicht damit zu verwechſeln iſt die Frage, wieweit der ex re certa inſtituirte Pflichttheilsberechtigte einen Anſpruch auf die Früchte der res certa habe? Dieß beantwortet ſich ganz nach den Grundſätzen, welche wir bereits oben S. 216 ff. über den Fruchtanſpruch als accessio rei und obligationis kennen gelernt haben; einzurechnen braucht er ſich die erſt nach des Teſtators Tode aufgekommenen Früchte nicht, da ihm die ſpäteren Aufkünfte ſeiner Sache ohnedieß gehören, und der Pflichttheil ex ipsa substantia defuncti hinterlaſſen werden muß. Glück, Comm. Bd. VII, S. 116, Nr. 1 und Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XXXV, S. 329, Note 64.

[4]) Wäre der Pflichttheilsberechtigte mit einem Andern gemeinſchaftlich auf die res certa inſtituirt (wie die duo Titii, welche nach fr. 11 D. de her. inst. auf eine insula eingeſetzt ſind), und der andere fiele vor dem

Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur.

Zwar ſpricht dieſe Stelle nur von dem Falle, wenn neben dem ex re certa inſtituirten Pflichttheilsberechtigten andere Erben gehörig eingeſetzt ſind, und dieſer Fall wird allerdings manche Verſchiedenheiten im Vergleiche zu dem unſrigen haben; allein dieß dürfen wir hier vorerſt dahin geſtellt ſein laſſen, namentlich die Frage, ob auch hier der Inſtituirte die res certa theils jure hereditario, theils jure legati, oder aber rein jure hereditario, oder rein jure legati erhält; das iſt jedenfalls gewiß, daß ihm dieſelbe auch hier mortis causa ex substantia testatoris zugewendet iſt, wir ſind darum vollſtändig berechtigt, die in dieſem Falle vorausgeſetzte Einrechnung der res auf den Pflichttheil auch für den Fall anzunehmen, wenn ſämmtliche Miterben ebenfalls auf res certae eingeſetzt ſind, ſowie ferner für den Fall, wenn der Pflichttheilsberechtigte der einzige eingeſetzte Erbe iſt, und die ſeiner Inſtitution beigefügte Beſchränkung auf eine res certa ausnahmsweiſe aufrecht erhalten wird (ſ. oben S. 120 ff.).

Im Widerſpruche mit dem Geſagten behaupten nun aber manche Juriſten[5]), der Notherbe, welchem der Erblaſſer eine

---

Erwerbe weg, ſo wäre anwendbar die Beſtimmung der c. 36 pr. C. de inoff. test. — non si quid ex aliis causis filius lucratus sit, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, in dem Sinne, in welchem dieſelbe m. A. n. mit Recht verſtehen: Franke, N. der Notherben S. 231, Mühlenbruch a. a. O. S. 294 ff., v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II, §. 476, Note 2 u. A.; der Pflichttheilsberechtigte müßte ſich alſo den ihm accrescirenden, deducta re geſchaffenen, Erbtheil ſeines weggefallenen conjunctus einrechnen, dagegen nicht auch diejenigen ihm accrescirenden Theile der res certa, welche der conjunctus von den Miterben jure legati erhalten hätte.

[5]) Glück, Comm. Bd. VII, S. 117, Nummer 2, und die dort Citirten.

res certa, wenn auch erbeinſetzungsweiſe, zugewendet habe, brauche ſich dieſelbe in der That nicht in den Pflichttheil einzurechnen, er brauche ſich nicht zu begnügen mit der Ergänzung blos deſſen, was der Werth dieſer Sache weniger als ſein Pflichttheil betrage, es gehe ihm mehr ab, nämlich ein ihm an den ſämmtlichen Gütern des Erblaſſers (die res certa ausgenommen) gebührender, dem Pflichttheile gemäßer Antheil, dieſer müſſe ihm ſonach ergänzt werden. Dieſe Meinung will man begründen 1) durch die Behauptung, der Pflichttheil ſei keine pars bonorum, kein Quantum der materiellen Vermögensbeſtandtheile des Nachlaſſes, ſondern, worauf namentlich auch die Beſtimmung der c. 36 pr. C. de inoff. test., daß der Pflichttheil ex ipsa substantia defuncti hinterlaſſen werden müſſe, hinweiſe, eine pars universitatis bonorum gerade ſo wie die Inteſtatportion ſelbſt, deren Theil die portio legitima ſei, alſo eine pars hereditatis, ein Bruchtheil des ideellen Begriffes der hereditas, welcher ſich, wie die hereditas ſelbſt, gleichmäßig über ſämmtliche materielle Beſtandtheile der Erbſchaft erſtrecke. 2) Sodann aber ſollen mit der Meinung jener Juriſten keineswegs die obigen Worte der Nov. 115. cap. 5 pr. im Widerſpruche ſtehen, Juſtinian ſage nämlich damit nur, daß, wenn einer oder einige Notherben Erben genannt ſeien, aber mit beſtimmten Sachen zufrieden ſein ſollten, darum das Teſtament nicht ungültig ſei; nicht aber werde damit geſagt, daß die Inſtituirten mit dieſen Sachen wirklich zufrieden ſein, beziehungsweiſe ſich dieſelben in den Pflichttheil einrechnen müßten, vielmehr wolle Juſtinian, daß ſie ſich das, was ihnen am Pflichttheile (das heiße aber: an der ihnen gebührenden Rate des intellektuellen Begriffes der hereditas) abgehe, ergänzen dürfen.

Allein dieſe ganze Anſicht iſt, wie zum Theile ſchon Mühlenbruch *) gezeigt hat, völlig unhaltbar. 1) Zunächſt nämlich iſt

*) in Glück Comm. Bd. XXXV, S. 328—330.

es unrichtig, den Pflichttheil als eine Quote des Nachlasses aufzufassen, er ist keine pars hereditatis, sondern pars bonorum. Dafür spricht vor Allem die ganze Bedeutung des Pflichttheilsrechts als der materiellen Seite des Notherbrechts. Allerdings wird in der Compilation der Pflichttheil genannt quarta legitimae partis [7]), quarta pars ab intestato successionis [8]), allein diese und ähnliche Ausdrücke bezeichnen nicht den Anspruch auf eine Erbquote dieser Größe, sondern den Anspruch auf soviel Vermögensbestandtheile, als der Berechtigte, wäre er wirklich Erbe auf jene portio portionis ab intestato, durch dieselbe und in derselben materiell bekommen würde, gerade wie die Falcidia (und bekanntlich nennen die Quellen auch gerade den Pflichttheil Falcidia oder quarta schlechthin) demjenigen, welcher wirklich Erbe ist, einen Anspruch auf quartam partem bonorum gibt, d. h. auf ein Viertheil des materiellen Werthes [9]) dessen, was er jure heredis bekommt. — Ferner sprechen gegen jene Auffassung die anerkannten Grundsätze über Hinterlassung des Pflichttheils. Wäre derselbe eine Quote der Erbschaft, so müßte er nothwendig mortis causa, und zwar titulo heredis institutionis zugewendet werden, während er doch bekanntlich, ganz oder theilweise, auch titulo singulari (unbedingt durch Zuwendung mortis causa, wie Legat oder donatis m. c., unter gewissen Voraussetzungen auch durch Zuwendung inter vivos) hinterlassen sein darf. Nun können aber die Objekte solcher Zuwendungen titulo singulari weder Rechtsbegriffe, noch Quoten von Rechtsbegriffen sein, sondern nur materielle Vermögensbestandtheile, wenn auch noch so große Aggregate von Bestandtheilen; denn überall da, wo Vermögen titulo singulari zugewendet wird, kommt dasselbe

---

[7]) §. 3 J. de inoff. test. (2, 18).

[8]) c. 31 C. eod. (3, 28).

[9]) s. z. B. die Ausdrucksweise in dem ganzen tit. Inst. ad leg. Falc. (2, 22).

nicht als Einheit, nicht als Rechtsbegriff in Betracht, wie es umgekehrt da, wo es als Rechtsbegriff in Betracht kommt, titulo universali übergeht. Auch ist wohl zu beachten, daß alle jene titulo singulari gemachten Zuwendungen in den Pflichttheil eingerechnet werden, wie aber ließe sich überhaupt ein Einrechnen denken, wenn der Pflichttheil eine Quote der Erbschaft wäre? eine pars hereditatis ist wie die hereditas selbst (s. oben S. 96 a. E.) unabhängig von materiellen Bestandtheilen, leidet keinen Abzug [10]), also auch kein Einrechnen derselben, dieß ist vielmehr nur bei bona möglich, ebenso wie das, auch für die Pflichttheilsberechnung nöthige, Abziehen von Schulden und der Werthanschlag des Vermögens. — Allerdings kann der Pflichttheil auch titulo heredis institutionis hinterlassen werden, d. h. der Berechtigte kann eingesetzt werden auf eine seiner portio portionis ab intestato entsprechende pars hereditatis, allein selbst hier besteht sein Pflichttheil lediglich in den in dieser pars enthaltenen materiellen Vermögensbestandtheilen [11]), nicht in der ideellen pars hereditaria selbst, was sich namentlich darin zeigt, daß wenn dem so Instituirten Vermächtnisse auferlegt sind, er nun doch in seinem Pflichttheile verkürzt erscheint, eben weil ihm nun materielle Bestandtheile seiner pars hereditaria entgehen, während diese selbst unverändert besteht, indem er fortwährend nach dieser Rate heres partiarius bleibt. — Insbesondere aber kann die Natur des

---

[10]) Darum ist auch schon das unjuristisch, daß die Gegner sagen, es gebühre dem Pflichttheilsberechtigten ein der legitima entsprechender Antheil an sämmtlichen Gütern des Erblassers, die res certa ausgenommen.

[11]) Daraus rechtfertigt sich aber noch keineswegs die Ansicht mancher Juristen, z. B. A. Faber errores pragm. Dec. 14 err. 6 (welcher in Dec. 15 err. 2 ebenfalls die Ansicht vertheidigt, daß res certae in den Pflichttheil einzurechnen sind), wonach eine Einsetzung „auf den Pflichttheil" jedesmal als eine institutio ex re certa gelten müsse, es kann sehr wohl sein, daß der Testator mit diesem Ausdrucke eine der portio legitima entsprechende Erbschaftsquote gemeint hat. Wir werden auf diesen Punkt am Schlusse der Abhandlung zurückkommen.

Pflichttheils als einer Quote der Erbschaft auch nicht aus der Bestimmung der c. 36 pr. C. de inoff. test. abgeleitet werden, wonach der unvollständige Pflichttheil ex ipsa substantia patris ergänzt werden soll, denn abgesehen davon, daß derselbe Gedanke kurz darauf in derselben Stelle dahin ausgedrückt wird, die Ergänzung geschehe ex rebus substantiae, womit offenbar nur materielle Vermögensbestandtheile gemeint sind, bezeichnet das Wort substantia selbst nie den Rechtsbegriff der hereditas, sondern das Aggregat der Nachlaßbestandtheile, wie dies besonders daraus erhellt, daß erst Justinian eine mit den Worten: »filius alienus meae substantiae sit« geschehene Exheredation für nicht ungültig erklärt hat (s. oben S. 51), was nicht nothwendig gewesen wäre, wenn das Wort substantia juristisch an sich schon den Rechtsbegriff der hereditas bezeichnete. — Sowenig wie das bisher besprochene Fundament der Ansicht der Gegner zu halten ist, so wenig läßt sich 2) ihre Auslegung der obigen Worte der Nov. 115 cap. 5 pr. rechtfertigen; diese ist so offenbar verfehlt, daß dieß kaum einer besonderen Erörterung bedarf. Allerdings ist Justinian's hauptsächliche Bestimmung in diesen Worten die, daß wenn einer oder einige Notherben auch nur auf res certae instituirt seien, das Testament darum doch gültig bleibe (den Grund davon können wir erst unten in dem dritten Abschnitte besprechen), wenn er aber dabei weiter sagt, das dem so Instituirten etwa am Pflichttheile fehlende solle ihm ergänzt werden, so meint er damit keine Ergänzung einer sich über alle Güter des Erblassers erstreckenden pars hereditaria, ja er konnte dieß nicht meinen, denn wenn, wie hier, dem Pflichttheilsberechtigten nur eine res certa, und gar keine pars hereditaria von dem Testator hinterlassen ist, wie soll er sich die pars hereditaria ergänzen? das Ergänzen kann sich nur auf das wirklich Hinterlassene beziehen, dieß aber ist eben die res certa, und somit beweist gerade die von Justinian vorgeschriebene Ergänzung, daß der Werth der res certa ergänzt, diese also in der That in

den Pflichttheil eingerechnet werden soll, wie sich auch nach allgemeinen Grundsätzen und nach Justinian's anderweiten Gesetzen, auf welche er selbst mit den Worten secundum alias nostras leges hinweist, von selbst versteht; denn wären res certae, auf welche der Pflichttheilsberechtigte instituirt ist, nicht einzurechnen, so müßte (wenigstens soweit wir bis jetzt die juristische Behandlung der institutio ex re certa kennen gelernt haben) überhaupt der doch anerkannte Satz über den Haufen fallen, daß titulo singulari gemachte letztwillige Zuwendungen in den Pflichttheil einzurechnen sind, da alle Zuwendungen titulo singulari nur res certae, d. h. eben materiell bestimmte Vermögensgegenstände, wenn auch in noch so großem Umfange, zum Objekte haben können.

b) Die weitere Frage ist nun, auf welchem Wege der auch nach Einrechnung der res certa etwa noch vorhandenen Pflichttheilsverletzung abzuhelfen ist? Eine ausdrückliche Stelle darüber für den Fall, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, haben wir nicht, und Justinian's Bestimmung in den Worten der Nov. 115, cap. 5 pr.: hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur, welche auf die sogenannte actio suppletoria zu gehen scheint, und auch in diesem Sinne verstanden wird, müssen wir in dieser Rücksicht vorerst außer Augen lassen, da sie von dem Falle spricht, wenn nur einer oder einige der Miterben auf res certae instituirt sind; auf diese Stelle durften wir zwar bei der bisherigen Frage Rücksicht nehmen, da das Einrechnen der res certa, eben weil sie jedenfalls mortis causa ex substantia defuncti kommt, für einen jeden Fall der institutio ex re certa gleichmäßig gelten muß, für die gegenwärtige Frage aber könnte die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit von Justinian's Bestimmung auf die uns hier vorliegenden Fälle, sowie ihre Erklärung in dem von Justinian selbst unterstellten Falle nur dann in Betracht kommen, wenn bereits feststünde, wie eine institutio ex re certa neben gehörigen Erbeseinsetzungen juristisch aufzufassen ist, denn nur hier-

nach läßt ſich bemeſſen, wodurch der ſo Inſtituirte verletzt, und wie alſo der Verletzung abzuhelfen ſein wird.

Wir bedürfen aber auch in der That keiner beſondern Entſcheidung, es ergibt ſich alles aus den allgemeinen Grundſätzen über Pflichttheilsverletzung. Hiernach kommt es für Beantwortung der Frage, auf welchem juriſtiſchen Wege dieſer Verletzung abzuhelfen iſt, zunächſt darauf an, wodurch die Verletzung herbeigeführt wird, worin dieſelbe beſteht.

Wäre nun das dem Inſtituirten Zugewendete (die res certa und ſein Antheil an dem etwa unvertheilten Vermögensreſte) ſo groß, daß es an ſich ſeinen Pflichttheil nicht verletzt, derſelbe wäre vielmehr nur durch Vermächtniſſe an Nichterben verkümmert, welche dem Inſtituirten auferlegt ſind, ſo würden dieſe Vermächtniſſe gemäß der const. 32 C. de inoff. test. bis zum Belaufe des gravamen als nicht geſchrieben zu betrachten ſein, womit der Verletzung einfach abgeholfen wäre.

Wir haben aber hier vornemlich den Fall vor Augen, wenn das dem Pflichttheilsberechtigten Zugewendete an ſich ſchon deſſen Pflichttheil verletzt, indem den übrigen Inſtituirten, allen oder einigen, zu viel zugewendet iſt.

Wollte man hier die institutio ex re certa lediglich aus dem Geſichtspunkte ihrer Anordnung durch den Erblaſſer betrachten, ſo müßte man ganz allgemein ſagen, es ſei dem Pflichttheilsberechtigten hier direkt zu wenig zugewieſen; die Folge wäre, daß c. 30 C. de inoff. test. zur Anwendung kommen, alſo dem Verletzten gegen ſeine Miterben ein perſönliches Ergänzungsrecht, mit der ſog. actio ad supplendam legitimam, zuſtehen würde.

Betrachtet man dagegen die institutio ex re certa aus dem Standpunkte ihrer juriſtiſchen Conſtruktion, wonach die Erben als sine parte inſtituirt, die res certae aber als Prälegate gelten, ſo muß man zu folgender Unterſcheidung kommen:

Iſt nicht nur das, was der Inſtituirte bekommt (ſeine res certa und ſein Antheil an dem etwa Unvertheilten), ſondern

ſchon die ihm deducta re geſchaffene pars hereditaria ſo klein, daß ihr Werth nicht dem Pflichttheile gleich kommt [12]), dann würde er zunächſt die in ſeiner Erbportion liegenden Theile der den Miterben zugewendeten res certae dieſen nicht zu präſtiren haben, weil dieſe Theile als gravamina ſeiner Erbportion erſcheinen, und ſomit nach c. 32 C. de inoff. test. als nicht geſchrieben gelten; was ihm hiernach noch außerdem an ſeinem Pflichttheile abgeht, hätten ihm die Miterben in Gemäßheit der c. 30 cit. zu ergänzen.

Iſt aber wenigſtens ſein deducta re geſchaffener Erbtheil ſo groß, daß deſſen Werth dem Pflichttheile genügt und nur das, was er materiell daraus behält und von den Miterben bekommt, verkürzt ihn, ſo würde die Verletzung lediglich darin beſtehen, daß er aus ſeiner pars hereditaria zu viel an die Miterben abgeben muß, während er ſeinerſeits von denſelben zu wenig bekommt, m. a. W., es würden lediglich gravamina vorliegen, und ſomit die c. 32 cit. Platz greifen, die gravamina, ſoweit ſie dieß wirklich ſind, hätten nun von ſelbſt keine Gültigkeit, es bedürfte, wie bei einer jeden Pflichttheilsverletzung dieſer Art [13]), keiner actio ad supplendam legitimam, ſondern der Verletzte könnte das den Miterben Abzutretende verhältnißmäßig in ſeiner Erbportion zurückbehalten, oder wenn er daſſelbe (jedoch weder freiwillig noch aus Rechtsirrthum) bereits herausgegeben hat, zurückfordern mit der condictio indebiti oder mit der rei vindicatio.

Dieſe Entſcheidungen aus dem Standpunkte der juriſtiſchen Conſtruktion der institutio ex re certa halte ich denn auch für

---

[12]) z. B. der Teſtator hat nur einen einzigen Sohn als Pflichttheilsberechtigten, er inſtituirt denſelben und drei extranei auf res certae, welche ſein geſammtes Vermögen erſchöpfen, die dem Sohne zugewendete Sache iſt kleiner als ſein Pflichttheil; hier verkürzt ihn nicht nur dieſe Sache, ſondern ſchon ſeine pars hereditaria, ſie beträgt nur $^1/_4$, während er in dem vorliegenden Falle nach Nov. 18 c. 1 Anſpruch auf $^1/_3$ des Vermögens hat.

[13]) Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XXXVI, S. 20, Not. 36, 37.

die richtigen; bedenkt man indeſſen, daß hierdurch die res certae der Andern, ſoweit ſie den Pflichttheil verletzen, verkürzt werden, ſo möchte, um auch die Dispoſitionen des Teſtators zu Gunſten der Miterben vollſtändig aufrecht zu erhalten, neben dem bisher angegebenen auch noch der andere Weg zuläſſig ſein, daß dieſen Erben geſtattet iſt, dem Verletzten das Fehlende in Geld zu zahlen, um ſo das ihnen ſelbſt Zugedachte in Natur vollſtändig zu erhalten.

Ebenſo möchte es keinen Anſtand haben, daß ſtatt aller beſonderer Rechtsmittel auch der Theilungsrichter bei Auseinanderſetzung der Erbſchaft die Pflichttheilsrückſichten beachten und realiſiren darf; es folgt dieß von ſelbſt daraus, daß im judicium fam. erc. alle Anſprüche der Miterben gegen einander gewahrt werden ſollen, es wird uns aber dieſer Weg überdieß ausdrücklich angegeben für die divisio bonorum der Eltern unter ihren Kindern [14]);

---

[14]) c. 8 pr. de inoff. test. (3, 28). c. 16 und 21 C. fam. erc. (3, 36). — Bei Theilung der Eltern unter Kindern halten viele Juriſten wegen dieſer Stellen die act. fam. erc. für das einzige Rechtsmittel zur Beſeitigung der Pflichttheilsverletzung (Euler, de test. et divis. par. inter liberos §. 88 in f., Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XLII, S. 243, Not. t, Burchardi, Syſt. und innere Geſch. des röm. Privatr. S. 1131, Not. 48, v. Buchholtz, Prälegate S. 570, Note 147 u. A.), während Andere (ſ. die bei Mühlenbruch a. a. O. Citirten) die actio suppletoria als hier anwendbar bezeichnen. Allein es gilt bei Theilungen der Eltern unter Kindern rückſichtlich der Rechtsmittel wegen Pflichttheilsverletzung durchaus nichts beſonderes, die act. fam. erc. findet allerdings jedesmal ſtatt, aber nicht ausſchließlich, ſondern ebenſogut die beſondern Rechtsmittel, ſofern deren Bedingungen da ſind, und unter dieſer Vorausſetzung dann auch die a. suppletoria. Alles kommt auch hier auf die Art der Verletzung an, dieſe aber beurtheilt ſich lediglich nach der juriſtiſchen Auffaſſung der divisio bonorum; nun beſteht dieſe nach den obigen Ausführungen (S. 169 ff) darin, daß der Erblaſſer die Delation der Erbſchaft, alſo die partes hereditariae, als anderweit beſtimmt vorausſetzt, die Zutheilungen aber als gegenſeitige Vorvermächtniſſe gelten. Geſchieht nun die Theilung: 1) unter Vorausſetzung der Inteſtaterbfolge, ſo ſind die Kinder gerufen auf ihre volle Inteſtatportion, hinſichtlich deſſen, was ihnen direkt, juro hereditario, zufällt, ſind ſie alſo nicht verletzt, ſondern nur dadurch, daß

ein Grund, denſelben auf dieſe letzte Verfügung zu beſchränken, iſt nicht erſichtlich.

3) Wir gehen zu einer weiteren Erörterung über. Es kann ſein, einer der Inſtituirten hat den Miterben zu ihren res certae ſoviel aus ſeiner detracta re geſchaffenen pars hereditaria abzutreten, daß ihm aus letzterer nicht einmal ein freies Viertel übrig bleibt; eben daſſelbe kann für mehrere Inſtituirte eintreten. Es

---

ihnen zu wenig Sachen zugetheilt ſind, die Verletzung beſteht hier darin, daß ſie an die Miterben zu große Vermächtniſſe zu präſtiren haben, alſo gravamina. Vor Nov. 18 c. 1, ſo lange der Pflichttheil ¼ der Inteſtatportion betrug, half nun hier ſchon die quarta Falcidia (fr. 8 §. 11 D. de inoff. test.), und ſo erklären ſich die obigen Stellen, wenn man nur eben das bedenkt, daß in denſelben die Kinder als Inteſtaterben vorausgeſetzt werden. Seit c. 30 C. de inoff. test. bedarf es hier des Quartabzugs nicht mehr, ſeit Nov. 18 c. 1 reicht derſelbe ſogar nicht mehr aus. Die Folge für das neueſte Recht iſt nun, daß dasjenige, was der Verletzte an die Miterben abzutreten hat, von ſelbſt ungültig iſt, ſoweit es ſeine pars hereditaria über den Pflichttheil hinaus gravirt, alſo tritt hier zwar keine a. suppl. ein, wohl aber Retention oder Rückforderung, und ebenſo können fortwährend im judicium fam. erc. dieſe Rückſichten gewahrt werden. 2) Geſchah die Theilung an die Kinder als Teſtamentserben, dann gilt ganz die oben für unſere institutio ex re certa gemachte Unterſcheidung, wonach es für die Art der Verletzung und des dadurch begründeten beſonderen Rechtsmittels darauf ankommt, ob ſchon die (hier durch Anordnung des Teſtators ſelbſt beſtimmte) pars hereditaria des Verletzten, oder nur die ihm zugewieſene res zu klein iſt; ſtatt der hiernach begründeten beſonderen Rechtsmittel reicht aber auch das jud. fam. erc. aus, und zwar im neueſten Recht jedesmal, während vor c. 30 C. de inoff. test. in der That das Teſtament als inofficiös und die Querel als begründet dann gelten mußte, wenn nicht blos die res den Pflichttheil verletzte, ſondern das Kind ſchon auf eine ſo kleine pars hereditaria inſtituirt war, daß es ſich durch Abzug der Quart (mit Einrechnung des Zugewieſenen) den Pflichttheil nicht frei machen konnte; auf einen Fall der Art gehen in c. 16 C. fam. erc. die Worte: filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. — Alles bisher Geſagte gilt auch für Theilungen an andere Pflichtheilsberechtigte als Kinder, eben weil es ſeinen Grund hat in der juriſtiſchen Auffaſſung der divisio, dieſe aber für alle Erben dieſelbe iſt.

fragt ſich daher, wie geſtaltet es ſich in einem ſolchen Falle mit der Anwendbarkeit der lex Falcidia?

a) Daß nach dem Rechte der Compilation die Falcidia hier wirklich Platz greift, leidet keinen Zweifel.

Es iſt nach dieſem Rechte ein allgemeiner, von dem Willen des Teſtators ganz unabhängiger, Grundſatz, daß, wie die ſimplen Vermächtniſſe ſo auch die Prälegate dem Abzuge der Quart unterworfen ſind, und ſchon darum dürfen wir annehmen, daß dieſer Grundſatz auch in dem hier vorliegenden Falle für jene Zeit zur Anwendung kommt, eben weil die res certae rechtlich als Prälegate behandelt werden. Wir finden dieß aber überdieß in den Quellen ausdrücklich beſtätigt; zunächſt ſagt Ulpian in fr. 35 §. 1 D. de her. inst.: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones, das heißt eben, die res certae unterliegen der Falcidia geradeſogut wie wenn ſie wirklich und formell als Prälegate von dem Teſtator zugewendet wären. Allerdings wird, wie ſchon die Gloſſe mit Recht annimmt, in dieſer Stelle für den da vorliegenden Fall vorausgeſetzt, daß außer den institutiones ex re certa auch noch an Nichterben ſimple Vermächtniſſe zugewendet ſind, durch deren Konkurrenz erſt der Abzug der Quart nöthig wird (ein Fall, welchen wir vorerſt hier unberückſichtigt laſſen), allein daß auch ohne ſolche Konkurrenz die res certae dem Quartabzuge unterworfen ſind, ſoferne ſie an ſich ſchon den Erbtheil eines oder mehrerer Inſtituirten beſchweren, verſteht ſich nicht nur von ſelbſt, ſondern wird uns auch ausdrücklich bezeugt von Papinian in fr. 78 pr. D. de her. inst., indem er da ſagt, der arbiter fam. erc. habe die Zutheilung der res certae des väterlichen und mütterlichen Vermögens des Erblaſſers an die darauf Inſtituirten zu bewerkſtelligen salva Falcidia; es iſt hier der Fall vorausgeſetzt, daß die eine dieſer res certae die pars hereditaria des anderen Erben ſo-

weit beſchwert, daß ihm nicht einmal ein freies Viertel derſelben bleibt. [15])

Auch im Einzelnen werden daher die Grundſätze der Falcidia für unſere res certae zur Anwendung zu bringen ſein.

So kommt es bei allen Vermächtniſſen vor, daß, wenn die Frage, ob überhaupt die Quart abzuziehen iſt, oder wie groß der Abzug ſein wird, noch zweifelhaft iſt, — ſei es daß der reine Betrag des Nachlaſſes in irgend einer Beziehung noch nicht feſtſteht [16]), oder daß noch ungewiß iſt, wieviel durch letztwillige Zuwendungen an Andere dem gravirten Erben an ſeinem Erbtheile abgeht [17]), — der Letztere von dem Honorirten, welchem er einſtweilen ohne den vielleicht nöthigen Abzug das Vermächtniß leiſtet, Caution verlangen kann für Reſtitution deſſen, was ſich ſpäter nach Beſeitigung jener Ungewißheiten als zuviel geleiſtet herausſtellen könnte, oder daß umgekehrt der Honorirte von dem Erben, welcher, die noch zweifelhaften Verminderungen einſtweilen für gewiß annehmend, vorerſt das Vermächtniß in geringerem Betrage auszahlt, Caution für ſpäter nöthig werdende Nachzahlung verlangen kann. [18]) — Die Zuläſſigkeit ſolcher Cautionen auch bezüglich unſrer res certae finden wir ausdrücklich erwähnt von Ulpian in fr. 35 §. 1 fin. D. cit.: quod si fuerit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas, wogegen man, wie bereits oben (S. 222 ff.) gezeigt worden iſt, in dieſem Sinne nicht mit der gemeinen Meinung auch die Worte: interpositis propter actiones cautionibus in fr. 78 pr. D. cit. verſtehen darf.

---

[15]) Gerade beſonders darum, weil Papinian namentlich auch die Anwendung der lex Falcidia auf den von ihm behandelten Fall der inst. ex re certa angibt, beginnt er die Stelle mit den Worten: Qui non militabat (ſ. oben S. 152, Note 11 a. E.).

[16]) z. B. fr. 1 §. 17, fr. 43, fr. 63 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2.)

[17]) z. B. fr. 1 §. 16, fr. 45 §. 1, fr. 73 §. 2, fr. 94 D. eod.

[18]) fr. 73 §. 1 D. eod.

Einrechnen in seine Quart muß sich der Instituirte, wie jeder Prälegatar [19]), alles dasjenige, was er titulo heredis erwirbt, namentlich also bezüglich der ihm zugewendeten res certa denjenigen Theil derselben, welcher auf seiner eigenen pars hereditaria ruht, welchen er also jure heredis inne hat, während er diejenigen Theile der res certa, welche er von den Portionen seiner Miterben, also jure legati, erhält, supra quartam hat.

Diese letztere Bemerkung muß indessen gerade bei unseren institutiones ex re certa, aber eben nur wieder in Anwendung eines anderweiten allgemeinen Grundsatzes, eine Modification erleiden. Bei solchen Vermächtnissen nemlich, welche sich Miterben gegenseitig zu prästiren haben, — seien es eigentliche, d. h. e media hereditate zugewendete, Prälegate [20]), oder seien es sog. Wechsellegate, d. h. solche, bei denen die Honorirten lediglich gegenseitig an einander, nicht auch zum Theile an ihre eigene Erbportion, gewiesen sind [21]) — gilt der auf Billigkeit gegründete Satz, daß der in seiner Quart verletzte Erbe doch demjenigen Miterben gegenüber, von welchem er selbst ebenfalls ein Vermächtniß empfängt, bis zum Belaufe dieses (obwohl nur jure legati) zu Empfangenden die Quart nicht abziehen darf; er muß sich vielmehr dasselbe aufrechnen auf dasjenige, was er gerade diesem Miterben quartae nomine sonst abziehen dürfte, während er den übrigen an ihn gewiesenen Honorirten gegenüber einerseits dasselbe nach gewöhnlichen Grundsätzen supra quartam hat, und ihnen andrerseits nicht soweit den Quartabzug erhöhen darf, als er denselben jenen Miterben gegenüber eingebüßt hat [22]).

---

[19]) fr. 74, 86, 91 D. eod. c. 24 C. fam. erc. (3, 36). — v. Buchholtz a. a. O. S. 440, Note 9 ff.

[20]) fr. 94 D. ad leg. Falc. (35, 2).

[21]) fr. 22 pr. D. eod.

[22]) s. über diese Compensation gegenseitiger Vermächtnisse v. Buchholtz a. a. O. S. 447—459.

In der That ſtellen ſich nun unſere res certae, vermöge der juriſtiſchen Conſtruktion ihrer Zuwendung an die auf dieſelben Inſtituirten, als ſolche gegenſeitige Vermächtniſſe dar, und ſomit iſt die Anwendung der eben erwähnten ſog. compensatio legatorum mutuorum auf dieſelben von ſelbſt gegeben; dieſe Anwendung wird denn auch ausdrücklich gemacht von Papinian am Schluſſe des fr. 78 pr. D. de her. inst. mit den Worten: scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur. [23]) Iſt alſo ein Inſtituirter an ſich in der Lage, mehreren ſeiner Miterben die Quart abzuziehen bezüglich deſſen, was er aus ſeinem Erbtheile zu ihren res certae beizutragen hat, ſo kann er jedem einzelnen doch nur ſoweit deſſen res certa kürzen, als er nicht bereits durch dasjenige gedeckt iſt, was er als Beitrag zu ſeiner eigenen res certa gerade von dieſem Miterben erhält.

b) Eine andere Frage aber iſt, ob nicht nach neueſtem Juſtinianeiſchen Rechte, und zwar nach Nov. 1 cap. 2 §. 2, worin dem Erblaſſer das Verbot des Quartabzuges geſtattet wird, die Anwendbarkeit der lex Falcidia auf die res certae in dem vorliegenden Verhältniſſe überhaupt weggefallen iſt? Dieſe Frage glaube ich unbedingt bejahen zu müſſen, geſtützt auf die bereits oben (S. 117 ff.) bei einem ähnlichen Verhältniſſe gegebene Interpretation dieſer Verordnung Juſtinian's, geſtützt ferner auf die in unſerer institutio ex re certa deutlich ausgeſprochene voluntas testatoris, und namentlich geſtützt auf die juriſtiſche Behandlung, welche das Römiſche Recht dieſer Erbesein-

---

[23]) Schon die Gloſſe, ebenſo Cujacius in comm. ad tit. D. de her. inst. ad h. l. (verb. scilicet ut), Pothier Pand. XXVIII, 5 Nro. XXXV und die deutſche Ueberſetzung des Corpus juris ſubintelligiren hier das Vorhandenſein noch anderer Vermächtniſſe an Nichterben, durch deren Conkurrenz dieſes Verhältniß erſt entſtehen ſoll, dieß iſt aber weder an ſich nöthig, noch in dieſer Stelle auch nur entfernt angedeutet. Siehe über dieſelbe v. Buchholtz a. a. O. S. 450, Note 41 ff.

ſetzung gerade im Intereſſe der voluntas testatoris zu Theil werden läßt.

Iſt nämlich, wie früher ausgeführt, zur Unſtatthaftigkeit des Quartabzuges nach Nov. 1 cap. 2 §. 2 nicht ein ausdrückliches Verbot, ſondern nur ein deutlicher poſitiver Anhaltspunkt dafür nöthig, daß der Teſtator gewollt hat, der Erbe ſolle nicht mehr erhalten und behalten, als ihm die Verfügung zuweiſt, ſo hat es keinen Anſtand, auch in den hier vorliegenden institutiones ex re certa eine dieſen Willen enthaltende Anordnung zu erblicken. Der Erblaſſer hat einen jeden *eingeſetzt* auf die res certa, in ſeinen Augen iſt die res certa geradezu der *Erbtheil* eines jeden, er dachte nicht daran, und konnte nicht daran denken, wie die bloß juriſtiſche Conſtruktion der Aufrechthaltung ſeiner an ſich unjuriſtiſchen Verfügung das Reſultat geben wird, daß als Erbtheile etwas anderes, nemlich partes hereditariae, künſtlich geſchaffen werden, die res certae aber nur als Prälegate gelten; er konnte nicht daran denken, wie in die ihm unbekannte pars hereditaria eines der Erben die einem andern zugewendete res certa vielleicht ſo tief eingreifen wird, daß aus dem Standpunkte rein juriſtiſcher Conſtruktion dem Letzteren zuviel zugewendet, und der Erſtere in der Falcidia verletzt ſein wird; mit *ſeinem*, des Erblaſſers, Willen ſollte ſich keiner darüber beſchweren, ſowenig dieß ex lege Falcidia ein Theilerbe könnte, welchen der Teſtator auf eine wirkliche *pars* hereditaria, aber nur von unbedeutender Größe, inſtituirt hat. Der *voluntas testatoris* entſpricht alſo der Quartabzug gewiß nicht.

Dazu kommt aber weſentlich noch Folgendes: es kann uns (ſo vertraut müſſen wir bereits mit unſerem Gegenſtande ſein) die Wahrnehmung nicht entgehen, daß ſeit Nov. 1 cap. 2 §. 2 die Anwendung der lex Falcidia auch den von dem Römiſchen Rechte anerkannten Grundſätzen über die *juriſtiſche Behandlung* unſerer institutio ex re certa in der That nicht mehr entſpricht. Der oberſte Satz in dieſer Behandlung, gewiſſermaßen

das Ideal, wonach zu ſtreben iſt, ſoweit es nur immer juriſtiſch angeht, iſt enthalten in den Worten Ulpian's in fr. 35 pr. D. de her. inst., der Eingeſetzte, obwohl (detracta re) als heres anerkannt, ſolle doch nihil amplius, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi (ſ. oben S. 162), er ſoll das, nur das, aber auch vollſtändig das bekommen, worauf er eingeſetzt iſt. Daß dieß in dem Rechte der Compilation unter andern dann nicht vollſtändig juriſtiſch zu realiſiren war, wenn die res certa des Einen die Quart der pars hereditaria des Andern verletzt, indem hier ex lege Falcidia Erſterer weniger, Letzterer mehr als ſeine res certa bekam, dieß war eben nur nothwendige Folge davon, daß man damals nicht, ſelbſt nicht wenn der Erblaſſers Abſicht dafür war, über die lex Falcidia hinaus konnte. Dieſes juriſtiſche Hinderniß iſt nun durch Nov. 1 cit. gefallen, wir dürfen nicht bloß, wir müſſen, da mit Aufhebung eines Rechtsſatzes (hier des Platzgreifens der Falcidia ſelbſt gegen des Erblaſſers Willen) auch deſſen Conſequenzen wegfallen [24]), dieſen Umſtand benutzen, um in dieſer Beziehung die rechtliche Behandlung unſerer institutio ex re certa ihrem Ideale näher zu führen, wir begehen damit keine Willkühr, wir wenden vielmehr auf das vorliegende Rechtsverhältniß, ſo wie es ſich in der Compilation behandelt findet, den Inhalt jener Novelle (wenn es anders richtig iſt, daß dieſelbe kein ausdrückliches Verbot des Quartabzuges verlangt) lediglich ſo an, wie dieß die juriſtiſchen Claſſiker, wäre zu ihrer Zeit ſchon die Falcidia ex voluntate testatoris zu beſeitigen geweſen, gewiß ebenfalls gethan hätten, und wie Juſtinian ſelbſt die Beſtimmung ſeiner Novelle als anwendbar (nicht etwa bloß als ausdehnbar) auf unſere institutio ex re certa, wenn ihm dieſelbe vorgelegen hätte, bezeichnet haben würde.

Dieß ſind die Gründe, aus welchen es meine rechtliche Ueberzeugung iſt, daß, wenn die Erben auf res certae inſtituirt ſind,

[24]) fr. 129 §. 1 D. de reg. jur. (50, 17.)

ſeit Nov. 1 cap. 2 §. 2 keiner mehr dem andern die Falcidiſche Quart abziehen kann [25]).

Daran reiht ſich noch eine weitere Bemerkung; iſt das Geſagte gegründet, ſo verſteht es ſich auch, daß Pflichttheilsberechtigte, obwohl ihnen, wenn ſie Erben ſind, das kanoniſche Recht geſtattet, Pflichttheil und Falcidiſche Quart zugleich zu beanſpruchen, dieſes doppelte Abzugsrecht doch dann nicht haben, wenn ſie und die Miterben auf res certae inſtituirt ſind, die voluntas testatoris iſt hier gegen den Quartabzug, ſie können ſich lediglich den Pflichttheil ſerviren [26]).

---

[25]) Dagegen darf man der Nov. 1 cap. 2 §. 2 einen gleichen Einfluß nicht auch auf die divisio bonorum (unter Kindern wie unter anderen Erben) zuſchreiben. Obwohl ſonſt die rechtlichen Grundſätze dieſer Anordnung und unſerer institutio ex re certa vielfach gleichſtehen, macht ſich doch gerade bezüglich ihrer Anordnung hier die Verſchiedenheit (ſ. oben S. 169 und S. 193. 194) geltend, daß während bei der letztgenannten Verfügung der Teſtator Einſetzung und Zuweiſung der res in Einem Satze verbindet, und die Sache geradezu als Object der Inſtitution bezeichnet, der theilende Erblaſſer für diejenigen Perſonen, unter welche er ſein Vermögen theilt, die Erbenqualität als anderweit beſtimmt vorausſetzt; entweder hat er dieſelben im Teſtamente zu Erben vorher eingeſetzt, oder er erwartet ſie als ſeine demnächſtigen Inteſtaterben. In beiden Fällen ſind dieſe Erben ſchon von Haus aus, nicht erſt vermittelt durch juriſtiſche Conſtruktion, gehörig gerufen auf partes hereditariae, verſchieden von den ihnen zugewieſenen Sachen. Dieſe partes mußte wie die Delation der Erbſchaft der Erblaſſer kennen und vorausſetzen, beſonders da, wo er ſelbſt dieſelben im Teſtamente beſtimmt hat. Wenn er daher auch ſo ungleich getheilt hat, daß einer der Erben weniger bekommt als ſeine pars, ſo darf man doch nicht annehmen, daß er durch die Vertheilung Einem oder Einigen weniger als ¼ ihrer pars hereditaria laſſen wollte, ſofern ſich nicht aus anderweiten mit der divisio verbundenen Aeußerungen ein beſonderer poſitiver Anhaltspunkt für dieſen Willen ergibt.

[26]) Daſſelbe muß gelten, wenn (ſ. oben S. 121) der Pflichttheilsberechtigte der einzige eingeſetzte Erbe iſt, und die Beſchränkung auf die res certa, worauf er inſtituirt iſt, ausnahmsweiſe aufrecht erhalten wird. Wie es ſich in der fraglichen Beziehung geſtaltet, wenn neben gehörig eingeſetzten Erben ein heres ex re certa institutus vorhanden iſt, und der verletzte Pflichttheilsberechtigte entweder dieſer auf die res certa inſti-

§. 14.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Das Bisherige (§. 13) betraf die Frage, wieweit Verkürzung einer der mehreren res certae eintritt, wenn, dieselben als Vermächtnisse aufgefaßt, durch ihre Zuwendung die Grenzen der Honorirung in einer der besprochenen Beziehungen überschritten sind.

B. Es gibt aber auch eine Reihe von Fällen, in welchen das Objekt eines wirklich angeordneten Vermächtnisses überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher geleistet werden kann, und zwar darum, weil sich dasselbe überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse befindet, sei der Grund davon schon zur Zeit der Anordnung vorhanden oder erst durch ein späteres Ereigniß herbeigeführt; z. B. die Sache gehörte schon bei der Testamentserrichtung nicht dem Erblasser, oder sie gehörte ihm zwar, aber mit Rechten Dritter (wie Pfandrecht u. s. w.) belastet, oder sie ist später aus des Erblassers Vermögen herausgekommen. Es fragt sich daher: welche Grundsätze gelten, wenn einer dieser Fälle bei unserer Erbeseinsetzung bezüglich einer oder der anderen res certa eintritt?

Die allererste Frage wird hier dahin gehen, ob die auf eine solche Sache gerichtete Erbeseinsetzung selbst dann auch wirklich als gültig betrachtet werden kann? In den Quellen findet sich diese Frage weder hervorgehoben noch beantwortet [1]), wir sind daher lediglich auf die Anwendung allgemeiner Grundsätze verwiesen.

---

tuirte, oder einer der gehörig eingesetzten Erben ist, dieß muß dahin gestellt bleiben, bis wir die juristische Construktion dieses Falles kennen. — Dagegen auf die divisio bonorum leidet als Folge des in der vorigen Anmerkung Ausgeführten der durch das kanonische Recht gestattete doppelte Abzug im Zweifel allerdings Anwendung (vergl. dazu oben S. 188, Note 46).

[1]) Nur für einen speciellen, allerdings hierher gehörigen, Fall findet sich in dem Rechte vor Justinian eine Bestimmung: Gratian, Va-

Man könnte nun denken, daß, wenn auch die res certa gar nicht oder nicht dauernd und ſicher in der Erbſchaft enthalten iſt, doch nichtsdeſtoweniger die Erbeseinſetzung ſelbſt immer und jedesmal Gültigkeit habe, indem Erbeseinſetzung und res certa ganz verſchiedene Dinge ſeien, ja indem, um erſtere aufrecht zu erhalten, letztere geradezu detrahirt werde, die etwaige beſondere Eigenſchaft dieſer ohnedieß wegzudenkenden Sache daher ſowenig wie die rei mentio ſelbſt auf den Rechtsbeſtand der Inſtitution einen Einfluß üben dürfe. Allein eine ſolche Auffaſſung wäre gewiß irrig; ſie würde nämlich von der ſtillſchweigenden Vorausſetzung ausgehen, daß es auch immer und jedesmal wirklich die Abſicht des Erblaſſers geweſen ſei, den auf die Sache Inſtituirten, obwohl dieſelbe eine jener Eigenſchaften hat, zum Erben einzuſetzen, gerade dieſe Abſicht aber, auf deren Vorhandenſein doch Alles ankommt, kann durch die Eigenſchaft der Sache im einzelnen Falle ſehr zweifelhaft werden, es iſt ſehr wohl möglich, daß der von dem Erblaſſer mit der Inſtitution verbundene Zuſatz der rei mentio ein die Ernſtlichkeit des Willens ausſchließendes derisorium oder einen für die Gültigkeit der Einſetzung weſentlichen Irrthum enthält.

Hiernach muß man ſich gewiß dahin entſcheiden, in den hier vorausgeſetzten Fällen die Gültigkeit der Erbeseinſetzung lediglich als quaestio voluntatis anzuerkennen, wobei denn als Anhaltspunkte für die voluntas testatoris folgende Momente von hauptſächlicher Wichtigkeit ſein werden: Gehörte die Sache bei der Teſtamentserrichtung wirklich dem Erlaſſer, und iſt nur durch Rechte Dritter (z. B. Pfandrecht) belaſtet, oder iſt ſpäter

---

lentinian und Theodos erkennen in c. 3 C. de litig. (ſ. bereits oben S. 212 f.) die Einſetzung auf eine res litigiosa ſowie das Vermächtniß einer ſolchen Sache als gültig an; allein indem ſpäter Juſtinian in Nov. 112 cap. 1 dem Vermächtniſſe litigioſer Objekte eine nur eventuelle Gültigkeit zuſpricht, erwähnt derſelbe dabei nicht auch ausdrücklich, wie es nun mit der institutio ex re litigiosa zu halten ſei.

aus des Teſtators Vermögen herausgekommen, dann allerdings hat die Einſetzung ſelbſt *jedesmal* Gültigkeit. Anders aber, wenn die Sache dem Erblaſſer ſchon bei der Teſtamentserrichtung nicht gehörte, hier wird es zunächſt darauf ankommen, ob ihm dieß bekannt war oder nicht. Im erſteren Falle iſt im Zweifel die Inſtitution ebenfalls als eine gültige anzuſehen, dieß nicht ſowohl wegen der Analogie der Grundſätze über das *legatum* rei alienae, ſondern weil man nicht annehmen kann, der Erblaſſer habe mit einer Einſetzung leeres Spiel treiben wollen; gerade darum wird aber dieſelbe dann ungültig ſein, wenn im einzelnen Falle erhellt, daß der Teſtator mit der Einſetzung auf gerade dieſe Sache wirklich ein, die Ernſtlichkeit ſeines Willens ausſchließendes, derisorium beabſichtigt hat[2]). Aber auch wenn er die Sache für die ſeinige hielt, muß die Erbeseinſetzung im Zweifel als eine gültige betrachtet werden, denn ſelbſt im Sinne des Teſtators iſt Begriff und Eigenſchaft des *Erben* etwas von den Objekten des materiellen *Bekommens* ſo ſehr verſchiedenes, daß man, im Gegenſatze zu dem *Vermächtniſſe* einer fremden Sache[3]), für die Regel unterſtellen darf, der Erblaſſer, hätte er das Ungeeignete des von ihm einſetzungsweiſe zugetheilten Objektes gekannt, würde darum doch nicht überhaupt die Abſicht, die fragliche Perſon zum Erben einzuſetzen, aufgegeben haben, und nur dann wird die Einſetzung nicht zu Recht beſtehen, wenn im einzelnen Falle erhellt, daß der Teſtator, hätte er die Eigenſchaft der Sache gekannt, denjenigen,

---

[2]) arg. fr. 61 pr. D. de manumiss. test. (40, 4). fr. 4 §. 1 D. de statulib. (40, 7.)

[3]) Ein *Vermächtniß*, als bloße Zuwendung eines materiellen Vermögensantheiles kennt keinen von dem Objecte unabhängigen beſonders geeigenſchafteten Begriff eines Vermächtnißnehmers; gerade darum wird hier im Zweifel angenommen, der Erblaſſer habe lediglich mit Rückſicht auf das beſtimmte Object honorirt, er hätte alſo die fragliche Perſon wohl überhaupt nicht bedacht, wenn ihm das Object als res aliena bekannt geweſen wäre.

welchem er dieſelbe zugewieſen hat, gar nicht inſtituirt haben würde [4]).

Für die ſoeben aufgeſtellten Geſichtspunkte wird es denn auch, ſowohl wenn der Erblaſſer wußte, daß ihm die Sache nicht gehört, als auch wenn er dieß nicht wußte, im Allgemeinen ohne Einfluß ſein, ob das der Erbſchaft fremde Objekt von dem Erblaſſer kenntlich bezeichnet, oder aber ſo vag angegeben war, daß es dem Individuum nach nicht erkennbar iſt, z. B. der Erblaſſer hat einen der Erben auf ein Grundſtück eingeſetzt, da er doch in der That keins in dem Vermögen hat und auch nicht ſonſtwie erhellt, welches fremde Grundſtück er etwa gemeint hat; während allerdings bei bloßen Vermächtniſſen eine unkenntliche Bezeichnung des Objektes geradezu die ganze Anordnung ungültig macht [5]).

Liegt nun ein Fall vor, in welchem nicht erhellt, daß der auf ein Vermögensobjekt Eingeſetzte, weil ihm daſſelbe gar nicht oder nicht dauernd und ſicher aus der Erbſchaft geleiſtet werden kann, ex voluntate testatoris nun auch überhaupt nicht Erbe ſein ſolle (und nur Fälle dieſer Art haben wir in dem Folgenden vor Augen), ſo entſteht die weitere Frage, wie hier das Verhältniß rechtlich zu behandeln ſein wird.

Vor Allem iſt gewiß, daß auch dieſer Eingeſetzte als *Erbe* zur Erbſchaft *gerufen* iſt detracta rei mentione, alſo als heres sine parte scriptus; wie aber geſtaltet es ſich in Beziehung auf das *materielle Bekommen*? Muß dieſer Erbe aus ſeiner pars hereditaria dennoch den Miterben zu ihren res certae beiſteuern? geht er ſelbſt leer aus? oder darf er die aestimatio des ihm zugedachten Objektes verlangen?

Für die Beantwortung dieſer Fragen wird es unſerer Anſicht nach vor Allem auf folgende faktiſche Verſchiedenheit ankommen: entweder iſt durch die Zuwendung ſämmtlicher res certae nicht

---

[4]) arg. c. 5 C. de test. (6, 23). c. 4. 7 C. de her. inst. (6, 24.)

[5]) fr. 69 §. 4 D. de jure dot. (23, 3). fr. 71 pr. D. de leg. I.

der ganze Nachlaß erſchöpft, ſondern es bleibt noch ein unvertheilter Reſt, und zwar ein ſo großer, daß darin ein Werthäquivalent jener res enthalten iſt, oder aber es liegt ein ſolcher Reſt nicht vor, m. a. W., der Nachlaß iſt durch Zuwendung ſämmtlicher res certae überſchwert.

AA. Betrachten wir zunächſt den erſten dieſer Fälle, den Fall alſo, wenn noch ſoviel von dem Nachlaſſe unvertheilt geblieben iſt, daß daraus der Werth deſſen präſtirt werden kann, was bezüglich einer res certa gar nicht oder nicht dauernd und ſicher vorhanden iſt, ſo erſcheint es für den Gang der Unterſuchung förderlich, hier weiter eine zweifache mögliche Reihe von Fällen getrennt zu erörtern; entweder nämlich ſind die Umſtände von der Art, daß ſchon nach gewöhnlichen, für wirklich angeordnete Vermächtniſſe geltenden, Grundſätzen der Vermächtnißnehmer, obwohl ihm das legirte Objekt gar nicht oder nicht dauernd und ſicher geleiſtet werden kann, dennoch nicht leer ausgeht, oder aber er würde nach gewöhnlichen Vermächtnißgrundſätzen in der That rückſichtlich ſeines Objektes leer ausgehen.

1) Für die erſtgenannte Reihe von Fällen verſteht es ſich nun von ſelbſt, daß auch rückſichtlich der, als Vorvermächtniſſe zu behandelnden, res certae die gewöhnlichen Vermächtnißgrundſätze wirklich zur Anwendung kommen, dieß eben darum, weil, wie ja vorausgeſetzt wird, ein für Leiſtung des Werthes der res certa genügender unvertheilter Vermögensreſt vorhanden iſt.

Von dieſer Regel werden namentlich folgende Anwendungen zu machen ſein.

Hätte der Teſtator einen der Erben wiſſentlich auf eine res aliena inſtituirt, ſo müßte dieſem Erben e communi, d. h. aus dem unvertheilten Reſte des Nachlaſſes, die Sache angeſchafft, und wenn der Eigenthümer dieſelbe gar nicht oder nur um ein immodicum pretium ablaſſen will, die justa aestimatio

geleiſtet werden [6]). Dabei muß natürlich zu dem Anſchaffungspreiſe wie zu der aestimatio auch der auf die Sache Inſtituirte ſelbſt (als Prälegatar) nach Maaßgabe ſeiner pars hereditaria beitragen.

Hätte ferner der Teſtator auf eine Sache inſtituirt, auf welcher mit ſeinem Wiſſen ein Pfandrecht haftet, ſo würde, ſoferne er nicht ausdrücklich dem auf dieſelbe Eingeſetzten allein die luitio pignoris aufgebürdet hat [7]), dieſe Ablöſung wieder e communi pecunia geſchehen müſſen [8]). Und ſollte etwa der Pfandgläubiger bereits die Sache veräußert haben, ſo wäre dem auf dieſelbe Eingeſetzten e communi pecunia das pretium zu zahlen, ſoferne nicht die Miterben eine anderweite voluntas testatoris nachweiſen können [9]). Alles Geſagte müßte im Zweifel auch dann gelten, wenn die Verpfändung erſt nach der Teſtamentserrichtung geſchehen iſt, weil nachträgliche Verpfändung eines legirten Objektes an ſich noch keine ademtio legati enthält [10]).

Sollte eine der res certae nach der Teſtamentserrichtung von dem Erblaſſer oneros und ohne animus adimendi veräußert worden ſein, das dafür Erhaltene aber ſich in dem Nachlaſſe noch vorfinden, dann würde der auf jene Sache Inſtituirte jetzt einen Anſpruch auf dieſes Surrogat haben. So wenn das urſprünglich zugewendete Objekt eine Forderung war, gerichtet auf Geld oder ſonſtige quantitative Leiſtung, und der Erblaſſer, nachdem er die Forderung ſpäter einkaſſirt hatte, das Einkaſſirte entweder aufbewahrt oder mit demſelben

---

[6]) arg. §. 4 J. de leg. (2, 20). §. 1 J. de sing. reb. per fid. rel. (2, 24.)

[7]) arg. §. 5 J. de leg. (2, 20.)

[8]) arg. fr. 28 D. fam. erc. (10, 2.)

[9]) arg. c. 6 C. de fidcic. (6, 42.)

[10]) Paul. sent. rec. III, 6 §. 16. — §. 12 J. de leg. (2, 20). c. 3 C. de leg. (6, 37).

einen anderweiten Gegenstand angeschafft hat [11]); dabei würde insbesondere in dem letzteren Falle dieses (zu taxirende) Surrogat nur bis zu dem Betrage des dafür hingegebenen Geldes dem Instituirten zufallen, während der etwaige Mehrwerth des Surrogates sämmtlichen Erben pro rata hereditaria gemeinschaftlich sein würde [12]). So ferner, wenn das ursprüngliche Objekt eine auf eine körperliche species gerichtete Forderung war, und die species von dem Erblasser später einkassirt worden ist, aber in dem Nachlasse sich noch vorfindet [13]); endlich wenn das Objekt schon ursprünglich in einer körperlichen species bestand, der Erblasser aber dieselbe entweder verkauft und mit dem Erlöse ein anderes Objekt angeschafft [14]), oder sie gegen ein anderes Objekt vertauscht oder den Erlös aufbewahrt hat [15]).

Indessen selbst wenn durch die onerose ohne animus adimendi vorgenommene Veräußerung kein Surrogat in den Nachlaß gekommen wäre, würde doch unter Umständen schon nach allgemeinen Vermächtnißgrundsätzen der Instituirte berechtigt sein, die Anschaffung oder die aestimatio des ursprünglichen Objektes zu fordern. Dieß vorzüglich dann, wenn dasselbe eine körperliche Sache war, indem hier nicht wie bei erloschenen Forderungen die Grundsätze über Untergang des legirten Objektes, sondern die Gesichtspunkte des legatum rei alienae eintreten [16]). Aber auch

---

[11]) arg. fr. 11 §. 13 D. de leg. II.

[12]) arg. fr. 23 D. de adim. (34, 4). S. oben S. 175 a. E.

[13]) Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. II, S. 271.

[14]) arg. fr. 70 §. 3, fr. 71, 72 D. de leg. II.

[15]) arg. fr. 11 §. 13 D. de leg. II. — Der Erlös würde hier dem auf die Sache Instituirten ganz gehören, nicht wie in dem Falle des fr. 23 D. de adim. (s. oben Note 12) bloß nach Maaßgabe des wirklichen Werthes der Sache, welche der Erblasser vielleicht zu theuer oder zu wohlfeil veräußert hat. Denn für den Veräußernden läßt sich der Erlös eher als Aequivalent oder Surrogat betrachten, während dieß für den Erwerber einer Sache bezüglich des dafür ausgegebenen Geldes nicht so der Fall ist.

[16]) fr. 11 §. 12 D. de leg. II.

wenn auf eine, nach der Hand irgendwie untergegangene Forderung eingesetzt war, würde doch schon nach allgemeinen Grundsätzen wenigstens dann ein Anspruch fortbestehen, wenn die Forderung auf eine quantitative Leistung, besonders auf Geld, gerichtet war, und der Erblasser nicht speciell und ausschließlich gerade diese Forderung gemeint, sondern auf dieselbe nur demonstrationis causa, etwa zur bequemeren Einkassirung, verwiesen hat, während er dem Erben überhaupt eine Summe dieses Betrages zuwenden wollte; hier werden die Grundsätze des genus legatum zur Anwendung kommen, sodaß die nicht mehr von dem speciell genannten Schuldner zu erlangende Summe dem Instituirten nunmehr aus den unvertheilten Erbschaftsmitteln zu leisten ist [17]).

Wäre die res certa ein zwar nicht eigentlich vertretbarer, wohl aber ein von dem Testator nur der Gattung nach bezeichneter Gegenstand (genus), und das aus der Gattung gewählte [18]) Individuum würde dem Instituirten evincirt, so hätte derselbe nun einen Anspruch, welcher jedoch nicht wohl ein Recht auf Eviktionsleistung genannt werden kann, indem er nicht auf das volle Interesse, ja nicht einmal auf Leistung der aestimatio, sondern lediglich auf Leistung eines anderen Individuums derselben Gattung gerichtet ist [19]).

Wäre ferner die res certa eine species, und der darauf Instituirte hätte dieselbe nach der Hand aus einem anderweiten, und zwar oneroſen, Rechtsgrunde erworben, so würde ihm nun wenigstens ein Anspruch auf das von ihm für die Sache gegebene pretium zustehen [20]).

---

[17]) arg. fr. 96 pr. D. de leg. I.

[18]) über die Auswahl des Individuums werden hier ganz die gewöhnlichen Grundsätze des legatum generis gelten.

[19]) arg. fr. 45 §. 1 D. de leg. I, fr. 58 D. de evict. (21, 2).

[20]) arg. §. 6 J. de leg. (2, 20). fr. 34 §. 7 D. de leg. I, fr. 21 §. 1 D. de leg. III.

So werden ſich denn auch die übrigen Fälle, in welchen ſchon nach gewöhnlichen Grundſätzen ein Vermächtnißnehmer, welchem das legirte Objekt nicht geleiſtet werden kann, rückſichtlich ſeines Vermächtniſſes dennoch nicht leer ausgeht, auf unſere institutio ex re certa, ſoferne der unvertheilte Vermögensreſt ein hinlängliches Werthäquivalent darbietet, einfach anwenden laſſen, z. B. wenn ein Objekt extra commercium des darauf Inſtituirten [21]) oder der Miterben [22]) ſein ſollte, u. ſ. w.

Für ſämmtliche unter den bisherigen Geſichtspunkt paſſenden Fälle verſtehen ſich noch die allgemeinen Bemerkungen von ſelbſt, daß einerſeits nicht nur die Miterben, ſondern auch (wie theilweiſe bereits hervorgehoben iſt) der auf das fragliche Objekt Eingeſetzte ſelbſt, als Prälegatar, zur Präſtation des Surrogates nach Verhältniß ſeines Erbantheils an dem unvertheilten Vermögensreſte beizutragen hat, und daß er andererſeits berechtigt iſt, das aus ſeiner pars hereditariae an die Miterben zu deren res certae abzutretende ſolange zu retiniren, bis dieſelben ihrerſeits die Beiträge zu dem ihm gebührenden Surrogate geleiſtet haben [23]).

2) Wir wenden uns zu der zweiten oben (unter AA) her-

---

[21]) arg. fr. 40 fr. 114 §. 5 D. de leg. I.

[22]) arg. fr. 49 §. 2, 3 D. de leg. II.

[23]) Alles bisher unter Nummer 1 für die institutio ex re certa Erörterte muß natürlich in gleichem Falle auch für die divisio bonorum gelten, ja hier noch unbedingter und allgemeiner als dort; denn da der theilende Erblaſſer die Zuwendung der res und die Bezeichnung ſeiner Erben nicht in Einem Satze ausſpricht, vielmehr die Berufung zur Erbſchaft für die Perſonen, unter welchen er theilt, als anderweit herbeizuführen vorausſetzt, ſo kann bei der divisio bonorum niemals die oben (S. 245 ff.) für die institutio ex re certa aufgeworfene Frage entſtehen, ob die Unmöglichkeit der Leiſtung eines zugetheilten Objektes in einem einzelnen Falle vielleicht den Willen des Erblaſſers zweifelhaft macht, daß er deſſenungeachtet auch wirklich und im Ernſte denjenigen zum Erben haben wolle, welchem er daſſelbe zugewieſen hat. An dieſer Bemerkung iſt auch für die folgenden Erörterungen feſtzuhalten, in welchen wir, was das Bekommen betrifft, gleiche Behandlung der divisio und inst. ex re certa finden.

vorgehobenen Reihe von Fällen, und fragen : welche Wirkung hat für das materielle Bekommen die Unmöglichkeit, eine der res certae überhaupt oder dauernd und ſicher zu erhalten, wenn die Umſtände von der Art ſind, daß zwar (wie in den vorigen Fällen) noch für Präſtation eines Werthäquivalentes hinreichendes unvertheiltes Vermögen vorhanden iſt, aber (im Gegenſatze zu den vorigen Fällen) nach gewöhnlichen Grundſätzen das Vermächtniß ungültig wäre?

Dürften wir hier wirklich die gewöhnlichen Vermächtnißgrundſätze zur Anwendung bringen, ſo würde ſich das Verhältniß dahin geſtalten, daß der auf das ausfallende Objekt Eingeſetzte lediglich ſeine rata hereditaria an dem unvertheilten Vermögensreſte erhielte, während die Miterben fortwährend nicht nur vollſtändig die ihnen zugewendeten res certae, ſondern auch ihre ratae hereditariae an dem Unvertheilten zu beanſpruchen hätten.

In der That aber glaube ich, daß abweichend von den gewöhnlichen Grundſätzen der Inſtituirte auch hier aus dem Unvertheilten die Aeſtimation der ihm zugewendeten Sache verlangen darf; es muß meiner Anſicht nach für die institutio ex re certa folgender eigenthümlicher Grundſatz aufgeſtellt werden : überall da, wo ein Inſtituirter die Sache, welche er nach des Erblaſſers Willen bekommen ſoll, nicht bekommen kann, weil ſie gar nicht, oder nicht dauernd und ſicher zur Erbmaſſe gehört, darf derſelbe, ſelbſt wenn nach allgemeinen Grundſätzen ein Vermächtniß darum ungültig wäre, aus dem Unvertheilten das Werthäquivalent jener ihm von dem Erblaſſer zugewendeten Sache beanſpruchen.

Dieſer Grundſatz findet ſich allerdings in den Quellen nirgends allgemein ausgeſprochen, und ebenſowenig läßt er ſich aus einer für unſere institutio ex re certa etwa vorliegenden ſpeciellen Beſtimmung folgern, wohl aber iſt er, wie ich glaube, aus einer bezüglich der divisio bonorum in den Quellen enthaltenen Einzelnentſcheidung als ein allgemeiner, gleichmäßig für die divisio wie für die institutio ex re certa geltender, auf die in beiden Ver-

fügungen erkennbare voluntas des Erblaſſers geſtützter, Satz abzuleiten.

Die von mir gemeinte Stelle iſt das bereits früher (S. 185, Note 38) in anderer Rückſicht beiläufig beſprochene fr. 77 §. 8 D. de leg. II, entnommen aus Papinian's lib. 8 Responsorum. Es handelt von den rechtlichen Folgen der Eviktion prälegirter Grundſtücke, welche der Erblaſſer für ſein Eigenthum gehalten hat, von einem Falle alſo, in welchem nach den gewöhnlichen Grundſätzen über das (hier vorliegende) legatum rei alienae das Vermächtniß in der Regel ungültig iſt. Die Folgen dieſer Eviktion gibt nun Papinian für zwei verſchiedene, von einander völlig unabhängige Fälle an: zuerſt wenn neben dieſem Prälegate nicht auch noch andere zu Gunſten ſonſtiger Miterben ausgeſetzt ſind, ſodann aber wenn durch Anordnung einer divisio bonorum für ſämmtliche Erben gegenſeitige Prälegate vorliegen. Nur die für dieſen zweiten Fall gegebene Entſcheidung dient uns zur Begründung des oben aufgeſtellten Grundſatzes; jedoch auch dieß nicht in der Art, daß wir denſelben in ihr unmittelbar angewendet finden, vielmehr iſt die Entſcheidung Papinian's in der That eine andere, dieß aber nur darum, weil der von dieſem Juriſten vorausgeſetzte Fall ein anderer als der gegenwärtig noch von uns feſtgehaltene iſt, nemlich ein ſolcher, in welchem durch divisio bonorum Alles, ja mehr als Alles vertheilt war, indem durch Hereinziehen von praedia aliena in die Vertheilung die Erbſchaft überſchwert iſt; allein gerade der Geſichtspunkt, welcher der hier gegebenen Enſcheidung zu Grunde liegt, ſetzt uns in den Stand, auch für den Fall, daß noch hinreichendes unvertheiltes Vermögen vorliegt, die richtige Entſcheidung und zwar den oben ausgeſprochenen Satz zu begründen. — Um alles dieß darzuthun, müſſen wir die ganze Stelle und ihre Tragweite erörtern, wobei uns dann zugleich auch, wenigſtens zum Theile, die Grundſätze für den Fall, daß durch die Zuweiſung von res certae die Erbſchaft überſchwert iſt, im Voraus bekannt werden.

Es heißt nun in der angezogenen Stelle [24]) zunächst so:

> Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit.

Der Erblaſſer hatte nur Einem ſeiner Erben, und zwar einem Sohne, ein Prälegat zugewendet, deſſen Gegenſtand eine species (praedia) iſt, welche er für ſein Eigenthum gehalten hat; die praedia werden evincirt. Papinian's Entſcheidung iſt: der Sohn hat dieſerhalb keinen Anſpruch gegen die Miterben. Dieß ſcheint auf den erſten Blick auffallend [25]), indem der Sohn zu den personae conjunctae gehört, und es doch ſonſt Grundſatz iſt, daß das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Erblaſſer (wie hier) für ſein eigen hielt, zwar nicht für die Regel, wohl aber unter andern dann zu Recht beſteht, wenn der Honorirte eine persona conjuncta iſt [26]), weil die Vermuthung dafür ſpricht, der Erblaſſer habe hier mehr die Perſon als das vermachte Objekt im Auge gehabt, d. h. er habe dieſer Perſon unter allen Umſtänden ein Vermächtniß zuwenden wollen. Warum nun wird in unſerer Stelle anders entſchieden? Gewiß erklärt ſich auch dieß wieder aus der vermuthlichen voluntas testatoris: auf dieſe voluntas läßt ſich nämlich jene Begünſtigung der persona conjuncta nur bei ſimplen Vermächtniſſen ſtützen, denn hier wird dem Honorirten weiter nichts als ein Vermächtniß zugewendet, erhält er dieſes nicht, ſo erhält er gar nichts; anders iſt es mit einem Prälegatar, dieſer hat außer dem Vermächtniſſe auch noch einen Erbtheil, es iſt darum im Zweifel anzu-

---

[24]) Vorzugsweiſe auf dieſe Stelle gründet v. Buchholtz a. a. O. (vierzehntes Kapitel) die Erörterung über Eviktionsverbindlichkeit bei Prälegaten; wieweit wir mit den von ihm aufgeſtellten Grundſätzen einverſtanden ſind, wird das Folgende ergeben.

[25]) Auffallend findet es Burchardi, Syſt. u. innere Geſch. des R. R. S. 1252, Note 36.

[26]) c. 10 C. de leg. (6, 37).

nehmen, daß der Erblaſſer ihm außer ſeinem Erbtheile noch ein Prälegat nur darum zuwenden wollte, weil er glaubte, über das Objekt deſſelben wirklich verfügen zu können, dagegen beabſichtigte er wohl nicht, die Miterben durch Beitrag zur Leiſtung der aestimatio rei auch für den Fall zu kürzen, daß die prälegirte Sache ſich als res aliena herausſtellen ſollte [27]).

---

[27]) Gleicher Anſicht iſt hier v. Buchholtz a. a. O. S. 361, Note 4. — Dagegen will Bachofen (das Röm. Pfandrecht, Bd. I, S. 130, Note 12) die Entſcheidung Papinian's daraus erklären, daß die Eviktion geſchehen ſei, nachdem der Sohn bereits den Beſitz der praedia erworben habe; es gründet dieſer Gelehrte auf den Anfang unſerer Stelle ſowie auf fr. 29 §. 3 D. de leg. III die Behauptung, daß ein legatum rei alienae da wo es nicht ſchon an ſich ungültig ſei, einen Anſpruch auf Anſchaffung der Sache oder Leiſtung der aestimatio doch nur dann gebe, wenn der Honorirte vor dem Beſitzerwerbe die Sache als res aliena kenne, dagegen wenn ſie erſt nach dem Beſitzerwerbe evincirt werde, falle jeder Anſpruch weg. Dieſer Meinung kann ich nicht beipflichten: zunächſt iſt es (wie Bachofen ſelbſt zugibt) ſchon nach allgemeinen Grundſätzen ſchwer einzuſehen, warum der Erwerb des Beſitzes durch den Honorirten die Grenzſcheide ſeiner Anſprüche bilden ſollte, ſodann aber iſt in jenen beiden Stellen der von Bachofen behauptete Satz in der That nicht zu finden; 1) in unſerem fr. 77 §. 8 cit. ſcheint vielmehr die Eviktion gerade als vor der Beſitzergreifung der Sache durch den Honorirten geſchehen vorausgeſetzt zu ſein, da der (unten zu erörternde) zweite Theil dieſer Stelle, welcher dieſelbe Eviktion im Auge hat, vorausſetzt, daß auch die Miterben noch nicht im Beſitze der ihnen zugewieſenen Prälegate ſind; ja gerade der Umſtand, daß für beide, in unſerer Stelle beſprochenen, Fälle ein und dieſelbe Eviktion für den mit Grundſtücken bedachten Sohn vorausgeſetzt wird, müßte, wenn Bachofen's Anſicht gegründet wäre, auch in dem zweiten dieſer Fälle gleiche Entſcheidung wie in dem erſten herbeiführen. Nach unſerer obigen Erklärung rechtfertigt es ſich ganz einfach, warum in dem erſten Falle des fr. 77 §. 8 cit. der Sohn wegen Eviktion ſeines Prälegates — einerlei ob er ſchon deſſen Beſitz erworben hat oder nicht — keinen Anſpruch gegen die Miterben hat. 2) Daß nach fr. 29 §. 3 D. de leg. III dann, wenn ein servus generaliter legirt iſt, der ausgewählte und tradirte, nachher aber evincirte Stichus zur actio ex test. berechtigt, beweiſt noch nicht, daß bei dem legatum speciei eine Klage wegen Eviktion niemals nach der Beſitzübertragung gegeben iſt, ſondern läßt uns die Behauptung vollſtändig offen, daß hierfür die allgemeinen Grundſätze über Gültigkeit des Ver-

Iſt dieſe Erklärung richtig, ſo erhellt, daß Papinian's Entſcheidung nicht blos auf Söhne, ſondern überhaupt auf personae conjunctae anwendbar iſt, während ſie für andere Prälegatare gar nicht einmal einer beſonderen Anwendung bedarf, vielmehr hier das Vermächtniß, deſſen Objekt der Erblaſſer für ſein Eigenthum hielt, ſchon ohnedieß, nach gewöhnlichen Grundſätzen, keinen Anſpruch gibt; zugleich erklärt ſich nun auch, warum Papinian einen Sohn, d. h. eine persona conjuncta, vorausgeſetzt hat.

Wir kommen nunmehr zu dem zweiten, uns für das Folgende allein intereſſirenden, Theile unſerer Stelle. Unmittelbar nach den oben abgedruckten Worten heißt es weiter:

> Si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare.

Zunächſt haben wir den ſpeciellen Inhalt dieſer Stelle zu betrachten. Auch hier wird, wie zu Anfang derſelben, vorausgeſetzt, daß einem der Söhne praedia, welche der Vater für ſein Eigenthum gehalten hat, prälegirt ſind, und dieſe evincirt werden; zugleich aber wird weiter vorausgeſetzt, daß auch die übrigen Erben mit Prälegaten bedacht ſind, und zwar dadurch, daß der Vater eine divisio bonorum unter ſeinen Kindern angeordnet hat [28]). Die Entſcheidung Papinian's geht nun für dieſen Fall dahin: jener Sohn, deſſen ihm zugewendete praedia evincirt ſind, braucht diejenigen Theile der den Miterben beſtimmten Prälegate, welche

---

mächtniſſes einer fremden species entſcheiden werden. — Ebenſowenig läßt ſich mit Bachofen aus fr. 45 §. 1. 2, fr. 56, fr. 71 §. 1 D. de leg. I folgern, daß der Erbe eine Caution wegen künftiger Evikſion einer legirten species nicht zu beſtellen brauche, ſowie daß die etwa beſtellte Caution ohne Erfolg bleibe.

[28]) Daß die durch divisio bonorum zugewieſenen Objekte als Vorvermächtniſſe gelten, wurde bereits früher (S. 174 ff.) gezeigt, insbeſondere über unſer fr. 77 §. 8 cit. ſ. in dieſer Beziehung oben S. 184, Nummer 2.

auf ſeiner Erbportion ruhen, denſelben nicht herauszugeben, wenn ſie nicht bereit ſind, auch ihm ſoviel zu präſtiren, als er judicio patris bekommen ſollte.

Was vorerſt den Grund dieſer Entſcheidung betrifft, ſo ſetzt Papinian denſelben in eine conjectura voluntatis, alſo in den vermuthlichen Willen des Erblaſſers; dieß mit Recht, denn alle Grundſätze über Gültigkeit eines legatum rei alienae beruhen auf Interpretation der voluntas testatoris. Worauf nun dieſer Wille gerichtet iſt, wird aus der in dem Fragefall eintretenden Sachlage und aus der Natur der divisio bonorum erſichtlich. Allerdings nämlich hat auch hier wie in dem vorigen Falle der Honorirte, und zwar hier jeder derſelben, außer ſeinem Prälegate noch einen Erbtheil, allein dasjenige, was ihm durch denſelben zugefallen iſt, ſoll er nicht wie dort behalten, vielmehr werden durch divisio bonorum die in den Erbtheilen enthaltenen partes der res hereditariae gegenſeitig zu Prälegaten an die Miterben dergeſtalt herüber und hinüber gewieſen, daß, beſonders wenn Alles vertheilt iſt, im praktiſchen Effekte jeder Erbe in der That nur die ihm per divisionem prälegirten Objekte erhält. Bei der Vornahme einer divisio bonorum geht nun des Erblaſſers Abſicht offenbar dahin, daß er dem Einen dieſes lediglich darum zuwendet, weil er dem Andern jenes zuweiſt; es ſoll Jeder das ihm Zugedachte nur darum und inſofern erhalten, als auch die Andern das ihnen Zugetheilte bekommen, die einzelnen Zuwendungen ſtehen zu einander in einem ſich gegenſeitig bedingenden Verhältniſſe, gerade wie für jeden der Erben das Bekommen der ihm zugewieſenen Objekte dadurch bedingt iſt, daß er auch wirklich Erbe wird und Erbe bleibt [29]). Demnach braucht ex voluntate defuncti Jeder aus ſeiner pars hereditaria nur darum und dann zu den Objekten der Miterben beizutragen, weil

---

[29]) fr. 90 §. 1 D. de leg. I (Pap. lib. 18 Quaestionum). S. bereits oben S. 203.

und wenn auch dieſe aus ihren partes hereditariae ihm zu dem Seinigen beitragen werden. — Hätte nun der Erblaſſer gewußt, daß eins der ausgetheilten Objekte ihm nicht gehört, ſo iſt vorerſt das gewiß, daß er darum denjenigen, welchem er daſſelbe zugewieſen hat, dennoch nicht leer ausgehen hätte laſſen [30]), ſodann aber, was die Art und Weiſe der nun anzuordnenden materiellen Zuwendungen betrifft, hätte er entweder von aller Theilung abſtrahirt, und es für ſämmtliche Erben lediglich bei den partes hereditariae belaſſen, oder aber er hätte auf Theilung beharrt; letzteres iſt als das wahrſcheinlichere anzunehmen, da er nun einmal Theilung dem bloßen Reſultate der partes hereditariae vorgezogen hat. Er hätte nun in anderer Art getheilt, da er dieß aber nicht gethan hat, und ſeines Irrthums wegen keine Veranlaſſung hatte es zu thun, ſo muß die Theilung, wie ſie einmal vorliegt, möglichſt aufrecht erhalten, und ſeiner Abſicht gemäß realiſirt werden. Dieß geſchieht denn dadurch, daß der mit den evincirten res alienae Bedachte aus ſeiner pars hereditaria den Miterben nichts abzutreten braucht, ſoferne er von dieſen nichts bekommt, während unter den übrigen Miterben die Theilung rechtsbeſtändig bleibt, d. h. jeder derſelben muß fortwährend aus ſeiner pars hereditaria zu den res hereditariae der Andern beitragen.

Hieraus ergibt ſich denn auch zugleich, wie die obige Entſcheidung ſelbſt zu verſtehen iſt. Papinian ſagt nur, der mit den evincirten Grundſtücken bedachte Sohn habe den Miterben nicht anders zu den ihnen zugewendeten Objekten beizutragen, als wenn ſie bereit ſeien, auch ihm ſoviel zu leiſten, als er judicio patris bekommen ſollte; von einer Klage, welche dem Sohne direkt auf dieſe Leiſtung zuſtehe, ſpricht er nicht. Es fragt ſich daher: ſteht dem Sohne auch eine ſolche Klage zu, oder iſt er lediglich auf die von Papinian angegebene Re-

[30]) denn ſ. oben S. 253, Note 23.

tention verwieſen? Die Beantwortung dieſer Frage führt uns auf die Unterſcheidung zweier für den Umfang der angeordneten Theilung möglichen Fälle; nur den einen derſelben hat Papinian vor Augen, der andere aber iſt derjenige, für welchen wir den oben für die institutio ex re certa aufgeſtellten Grundſatz zu gewinnen haben.

Es kann nämlich ſein, der Erblaſſer hat ſein ſämmtliches Vermögen vertheilt, oder es iſt doch der etwaige unvertheilte Reſt nicht groß genug, um daraus das Evincirte anzuſchaffen oder zu vergüten. In dieſem Falle muß es allerdings bei der in unſrer Stelle angegebenen Retention verbleiben, direkt klagen kann der Sohn hier nicht. Durch das Hereinziehen von fremden Sachen in die divisio nämlich iſt hier ſogar mehr als alles vertheilt, die Erbſchaft iſt überſchwert. Sollten jetzt die Miterben jenem Sohne zur Aeſtimation der ihm zugedachten fremden Sachen beitragen, ſo könnten ſie dieß nur mit theilweiſer Aufopferung des ihnen ſelbſt von dem Erblaſſer Zugetheilten; dieß würde aber bewirken, daß nun zwar der Sohn, aber dafür keiner der Miterben ſoviel erhält, als er judicio patris erhalten ſoll. Gerade darum ſind hier die Miterben nicht rechtlich verpflichtet zu jenem Beitrage, und eben deßhalb iſt der Sohn nicht berechtigt, direkt jene Beiträge zu beanſpruchen, er kann von den Miterben nichts verlangen, dieſe aber auch nichts von ihm, er behält das in ſeiner pars hereditaria Enthaltene. Daneben aber macht ſich zugleich die Rückſicht geltend, daß des Erblaſſers Theilung doch ſo viel als möglich aufrecht erhalten werden ſoll; dieß führt darauf, daß es den Miterben allerdings dennoch frei ſtehen muß, das ihnen Zugewendete von jenem Sohne dann zu verlangen, wenn ſie bereit ſind, demſelben aus eignen Mitteln das Evincirte oder deſſen Werth zu leiſten; dieſen Weg zur Aufrechthaltung der von dem Erblaſſer angeordneten divisio muß ſich dann der evictus gefallen laſſen, und nur inſofern die Miterben dieſe Auskunft nicht wählen, braucht

er auch an ſie nichts abzugeben; das Zurückbehalten des in ſeiner pars hereditaria Enthaltenen iſt ſonach hier kein Retentionsrecht zum Schutze eines ihm zuſtehenden wirklich juriſtiſchen Anſpruches. Dieß iſt denn auch in der That der Inhalt der Entſcheidung, welche Papinian in unſerer Stelle gibt, und es erhellt daraus, daß er wirklich einen Fall unterſtellt, in welchem der Erblaſſer durch Hereinziehen von praedia aliena ſein Vermögen bei der Theilung überſchwert hat. — Das Bisherige vorausgeſetzt, muß es nun für die Entſcheidung im Weſentlichen gleichgültig ſein, 1) ob der Erblaſſer ſein geſammtes Vermögen vertheilt hatte, oder ob das etwa Unvertheilte nicht die aestimatio rei evictae erreicht, nur muß in dem letzteren Falle, wenn die Miterben zur Leiſtung dieſer aestimatio bereit ſind, zu derſelben auch der evictus ſelbſt natürlich ſoweit beitragen, als ſein Erbantheil an dem Unvertheilten reicht; 2) ob die Theilung unter Kindern (wie Papinian vorausſetzt) oder unter anderen Erben geſchehen iſt, denn nicht eine elterliche Begünſtigung der Kinder, ſondern die objektive Natur einer jeden divisio, wonach ſämmtliche Zuwendungen in einem ſich gegenſeitig bedingenden Verhältniſſe ſtehen, enthält den Grund der Entſcheidung; 3) ob ferner die res evicta eine species oder ein genus iſt, denn wenn auch nach gewöhnlichen Grundſätzen die Eviktion eines genus dem Vermächtnißnehmer den bereits früher (ſ. oben S. 252 Note 19) erwähnten Anſpruch gibt, ſo iſt dieß doch hier darum nicht möglich, weil kein weiteres disponibles Vermögen vorliegt; 4) ob endlich die Eviktion vor oder nach Realiſirung der divisio bonorum erfolgt iſt; Papinian ſcheint den erſteren Fall vor Augen zu haben, allein ganz im Geiſte ſeiner Entſcheidung müſſen wir weiter ſagen: a) ſollte bei Realiſirung der divisio die Eviktion zwar noch nicht geſchehen, aber muthmaßlich ſein, ſo kann der mit der res aliena bedachte Erbe ſogut wie dann, wenn ihm dieſelbe bei gewöhnlicher Erbauseinanderſetzung durch das Ermeſſen des

arbiter fam. erc. zugesprochen wird [31]), Caution für den Fall der Eviktion verlangen, jedoch nur auf eventuelle Rückgabe dessen, was er den Miterben abgetreten hat, nicht auf Leistung der aestimatio rei evictae, hierzu können sich vielmehr nur die Miterben freiwillig erbieten; b) sollte, ohne daß Caution gestellt war, nach der Realisirung der divisio die Eviktion erfolgt sein, so kann nun der evictus allerdings nicht den Werth der res evicta fordern [zu dessen Leistung können sich wieder nur die Miterben freiwillig erbieten [32])], wohl aber darf er Rückgabe dessen verlangen, was er diesen Miterben abgetreten hat, und zwar mit der condictio causa data causa non secuta [33]).

---

[31]) fr. 25 §. 21 D. fam. erc. (10, 2).

[32]) Die Aestimation müßte sich hier aus ähnlichen Billigkeitsgründen wie bei denjenigen evincirten Objecten, welche ein Miterbe durch gewöhnliche Erbauseinandersetzung auf seinen Erbtheil erhalten hat (fr. 66 §. 3 D. de evict. 21, 2), nach dem Werthe der Sache zur Zeit ihrer Eviktion richten, dagegen braucht nicht wie in dem letzteren Falle (Glück, Erläut. der Pand. Bd. XX, S. 362, Note 56) auch der evictus selbst pro rata hereditaria zur Leistung dieser Aestimation beizutragen, vielmehr liegt dieselbe ganz und ausschließlich den Miterben ob.

[33]) Die Realisirung der divisio bonorum wird von den Quellen mit einem Tausche verglichen (fr. 20 §. 3 D. fam. erc. — quasi certa lege permutationem fecerint), Eviktion einer titulo permutationis empfangenen Sache berechtigt nun den evictus allerdings zum Anspruche auf Eviktionsleistung wie bei dem Kaufe, allein statt dessen hat er auch die Wahl, das seinerseits Gegebene zurückzufordern [c. 1 fin. C. de rer. permut. (4, 64)], wie überall da, wo nicht blos animo solvendi, sondern unter Voraussetzung einer Gegenleistung gegeben, das Objekt der empfangenen Gegenleistung aber evincirt ist [fr. 16 D. de cond. causa data (12, 4) s. auch fr. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6)]. Den Fall der Ueberschwerung der Erbschaft durch divisio bonorum vorausgesetzt, ist nun für den evictus nur dieser letztere Weg (condictio c. d. c. n. s.) möglich; der evictus war nicht rechtlich verpflichtet zur Abtretung der partes praelegatae an die Miterben, er hat dieselben nicht animo solvendi, sondern in der Voraussetzung und Erwartung abgetreten, daß er auch von ihnen soviel bekomme, als ihm judicio defuncti zugewendet war, diese Voraussetzung ist durch später erfolgte Eviktion nicht eingetroffen, er kann nun keine aestimatio rei evictae (mit einer actio praescriptis verbis) fordern, denn diese könnte ihm nur durch

Der zweite mögliche Fall ist der: es liegt ein für die Leistung der aestimatio rei evictae hinreichendes Stück unvertheiltes Vermögen vor. Direkt auf diesen Fall geht Papinian's Ausspruch nicht, wohl aber gibt uns der demselben zu Grunde liegende Gesichtspunkt auch hier die richtige Entscheidung an die Hand. Diese muß nämlich offenbar dahin lauten: in diesem Falle braucht zwar ebenfalls der evictus den Miterben solange nichts abzutreten, bis dieselben ihm soviel geleistet haben, als er judicio patris bekommen soll; allein dieses Zurückbehalten hat hier eine ganz andere Natur als in dem vorigen Falle, es ist wahres Retentionsrecht an etwas, was der evictus den Miterben zu leisten juristisch verpflichtet ist, und bis zur Erfüllung von etwas, was diese ihm zu prästiren ebenfalls juristisch verpflichtet sind. Der mit der fremden Sache bedachte Erbe hat hier in der That einen, von dem guten Willen der Miterben unabhängigen, direkt mit einer Klage (actio familiae erciscundae oder auch persönlicher Vermächtnißklage) verfolgbaren Anspruch auf Leistung der aestimatio rei evictae, wogegen aber auch er selbst von vornherein rechtlich verpflichtet ist, die in seinem Erbtheile liegenden partes praelegatae der den Miterben zugewendeten res certae an dieselben abzutreten. — Die Richtigkeit dieser Entscheidung erweist sich zunächst und hauptsächlich wieder aus der in Anord-

---

Verkürzung der den Miterben von dem Erblasser zugetheilten Objekte geleistet werden, und die Miterben waren zu ihr von Anfang an, hätte damals schon die Eviktion oder die Bekanntschaft mit deren Möglichkeit vorgelegen, nicht rechtlich verpflichtet, wohl aber haben sie nunmehr, da durch Eviktion eine causa non secuta eingetreten ist, ohne Grund die ihnen von dem evictus abgetretenen partes praelegatae ihrer res certae. — Diese Gesichtspunkte müssen noch in dem heutigen Rechte gelten, sie hängen nicht mit der veränderten Natur der sog. Innominat-Contrakte zusammen, folgen vielmehr aus den Grundsätzen über eine Leistung, welche nicht animo solvendi, sondern wegen einer causa futura, die aber zur non secuta geworden ist, gemacht war, liegen also in dem noch h. z. T. anwendbaren Gebiete der condictio causa data causa non secuta.

nung einer divisio bonorum erſichtlichen conjectura voluntatis; ſowie es dieſe einerſeits mit ſich bringt, daß die Zuwendungen in einem ſich gegenſeitig bedingenden Verhältniſſe ſtehen (und vorzüglich hierauf beruhte in dem vorigen Falle die Entſcheidung), ſo ſteht es doch auch andrerſeits feſt, daß des Erblaſſers Theilung ſoweit wie möglich aufrecht erhalten werden ſoll; kann daher wirklich die res aliena oder ihr Werth ohne Verkürzung der Miterben an den ihnen judicio defuncti zugewieſenen res certae aus (alſo unvertheilten) Erbſchaftsmitteln geleiſtet werden, ſo muß dieſes geſchehen, ſelbſt wenn der Erblaſſer die res evicta für ſein Eigenthum gehalten hat, und darum nach gewöhnlichen Grundſätzen deren Zuwendung wirkungslos wäre. Dieſe Auffaſſung, gebaut auf die Tendenz der divisio bonorum, wird aber noch weiter beſtätigt durch die Grundſätze, welche wir für einen anderen Fall von den Quellen ausdrücklich anerkannt finden: iſt nämlich der Erbe gebeten, die Erbſchaft einem Dritten zu reſtituiren praecepta certa re, die zurückzubehaltende Sache aber erweiſt ſich als res aliena, ſo darf der die Erbſchaft reſtituirende Erbe die aestimatio rei praecipiendae unter allen Umſtänden beanſpruchen, ohne daß es darauf ankommt, ob der Erblaſſer wußte oder nicht wußte, daß ihm die Sache nicht gehörte [34]). Die res praecipienda und die hereditatis restitutio ſtehen hier in demſelben ſich gegenſeitig bedingenden Verhältniſſe wie die Zuwendungen bei einer divisio bonorum, der Erbe, wenn er weder die Sache noch deren Werth bekäme, hätte nun auch die Erbſchaft nicht zu reſtituiren, oder mindeſtens würde die Reſtitution jetzt mit den mißlichen Folgen eines wirklichen Quartabzugs geſchehen, zu deſſen Vermeidung der Erblaſſer dem Fiduciar gerade die

---

[34]) fr. 72 D. ad Sct. Treb. (36, 1): heres praecepto fundo rogatus erat hereditatem restituere, fundus alienus erat; Aristo aiebat, videndum, utrum omnimodo apud heredem fundum esse voluit testator, an ita demum, si ipsius est; sed sibi superius placere; ideoque aestimatio ejus retinenda est.

res praecipienda hinterlaſſen hat [35]); dieſer Ausgang ſoll, als durchaus der voluntas defuncti entgegen, jedenfalls vermieden werden, und dieß geſchieht eben dadurch, daß die conjectura voluntatis dahin aufgefaßt wird, der Erblaſſer habe dem Erben dieſe Sache oder ihren Werth omnimodo zuwenden wollen. Es bedarf keiner beſonderen Ausführung, daß ganz ähnliche Geſichtspunkte ſich auch in dem vorliegenden Falle der divisio bonorum für das Recht auf Leiſtung der aestimatio rei evictae geltend machen. — Ebenſo ergibt die bisherige Entwickelung, daß es auch für die in unſerem Fragefalle aufgeſtellte Entſcheidung gleichgültig iſt, ob eine Theilung unter Kindern oder unter anderen Erben vorliegt, ob die res evicta in einer species oder in einem genus beſteht, ob die Eviktion vor oder nach Realiſirung der Theilung geſchehen iſt. Im Falle vorerſt nur zu befürchtender Eviktion kann der mit der Sache bedachte Erbe von den Miterben bei Realiſirung der divisio eine direkt auf Leiſtung der aestimatio gerichtete Caution verlangen; erfolgt die Eviktion erſt ſpäter, ſo kann der evictus, ſelbſt wenn keine Caution beſtellt war, die Miterben direkt auf Leiſtung der aestimatio rei evictae belangen, und zwar hier mit einer actio praescriptis verbis [36]). Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſowohl hier, wie dann, wenn gleich bei Realiſirung der Theilung die aestimatio zur Sprache kommt, dieſe nicht von den Miterben allein, ſondern von ſämmtlichen Erben (auch von dem evictus ſelbſt) nach der ihnen an dem Unvertheilten zuſtehenden rata hereditaria zu tragen iſt [37]).

Sonach geben die bisherigen Erörterungen über den zweiten Theil unſeres fr. 77 §. 8 D. cit. im Weſentlichen folgendes, von

---

[35]) S. darüber bereits oben S. 109, Note 28.

[36]) arg. fr. 20 §. 3 D. fam. erc. (10, 2).

[37]) Die Berechnung der Aeſtimation müßte ſich auch hier nach dem im Anfange der Note 32 auf S. 263 angegebenen Geſichtspunkte richten.

den gewöhnlichen Grundſätzen über den Rechtsbeſtand eines legatum rei alienae in der That abweichendes, Reſultat: hat der Erblaſſer bei Vornahme einer divisio bonorum eine fremde Sache, welche er für ſein Eigenthum hielt, einem der Erben zugetheilt, und die Sache wird (vor oder nach Realiſirung der divisio) evincirt, ſo ſind zwei Fälle zu unterſcheiden: erſcheint der Nachlaß durch Hereinziehen der res aliena in die Vertheilung als überſchwert, dann kann jener Erbe von den Miterben allerdings keine aestimatio rei evictae verlangen, braucht aber auch dafür an dieſelben aus ſeiner pars hereditaria nichts abzutreten, ſoferne ſie es nicht vorziehen, freiwillig ihm jene aestimatio zu leiſten; iſt dagegen noch ſoviel unvertheiltes Vermögen vorhanden, daß darin die aestimatio rei evictae enthalten iſt, ſo darf der Erbe deren Leiſtung direkt fordern, muß aber auch den Miterben das ihnen aus ſeiner pars hereditaria Zugedachte abtreten [38]).

---

[38]) Dieſes einfache Reſultat iſt allgemein verkannt, die Anſichten der Juriſten über die Folgen der Eviktion einer durch divisio bonorum von dem Erblaſſer zugewendeten Sache ſind von unſerer Anſicht ſehr abweichend und unter ſich ſelbſt vielfach entſchieden; ſie ſollen hier nicht aufgezählt und widerlegt werden, ſ. dieſelben in Glück, Erläut. der Pand. Bd. XI, S. 107 ff., überall fehlt ein Princip, insbeſondere iſt nirgends die juriſtiſche Conſtruktion der divisio und die in ihr liegende voluntas defuncti gehörig beachtet. — Was die neuerdings von v. Buchholtz, Prälegate, S. 363, Note 12 — S. 368 über den zweiten Theil des fr. 77 §. 8 D. cit. ausgeſprochene Meinung betrifft, ſo verſteht derſelbe, wie auch im Weſentlichen wir, dieſe Stelle von einem Falle, in welchem der Erblaſſer Alles vertheilt hatte, anders als wir betrachtet er dagegen den Grund und Inhalt von Papinian's Entſcheidung: er nimmt an, der Juriſt habe die für Erbquoten geltenden Regeln der Eviktionsleiſtung zu Grund gelegt, und es ſei dieß der überhaupt hier geltende Geſichtspunkt, indem in dem Falle der Vertheilung der Erbſchaft in Form von Prälegaten eine ſolche innige Verbindung zwiſchen Erbſchaft und Legat beſtehe, daß eine Trennung beider (namentlich ein Aufgeben der Erbſchaft und Behalten des Prälegates) unmöglich ſei; daher geſtattet er dem durch Eviktion verletzten Erben, obwohl Papinian ſelbſt nichts davon ſagt, geradezu auch eine Klage, und zwar eine actio praescr. verbis auf Entſchädigung (alſo auf aestimatio rei evictae), indem bei der divisio der Erblaſſer die Stelle

In ſehr einfacher Weiſe iſt nunmehr dnrch die vorſtehenden Erörterungen (S. 258—267) der Weg gebahnt zur Begründung unſerer eigentlichen, oben (S. 254) aufgeſtellten Be-

---

eines arbiter fam. erc. verſehe, letzterer aber für Caution wegen Eviktion adjudicirter Objekte zu ſorgen habe, und auch ohne ſolche (dann zur actio ex stipulatu berechtigenden) Caution der evictus mit einer actio praescr. verbis Entſchädigung (alſo aestimatio rei evictae) verlangen könne. — Allein abgeſehen davon, daß man es keine Eviction eines Erbtheils, einer Erbquote nennen darf, wenn Objekte evincirt werden, welche (dieß will doch v. Buchholtz ſagen) einem Miterben von dem Theilungsrichter bei Auseinanderſetzung der Erbſchaft in Verwerthung ſeines Erbtheils zugeſprochen ſind — von Eviction einer Erbquote, einer pars hereditaria alſo, kann man wie von Eviktion der Erbſchaft nur dann ſprechen, wenn demjenigen, welcher ein Erbrecht beanſprucht, ein beſſerer Erbberechtigter titulo universali den wirklichen Nachlaß evincirt, z. B. der potior heres dem bonorum possessor sine re (Ulp. fr. tit. 28 §. 13), oder dem Teſtamentserben der mit der querela inoff. test. auftretende Pflichttheilsberechtigte (fr. 21 §. 2 D. de inoff. test.), während es ſich in dem von v. Buchholtz gemeinten Falle nur handelt um materielle Vermögensgegenſtände, welche als nicht zur Erbſchaft gehörig dem wirklichen Erben von dem an dieſer Sache Berechtigten evincirt werden, — abgeſehen davon ſpricht gegen die Anſicht von v. Buchholtz folgendes: die innige Verbindung von Erbtheil und Prälegat bei der divisio bonorum führt im Falle der Eviktion einer res certa keineswegs auf die Anwendung der Grundſätze, welche für die Folgen der Eviktion einer durch gewöhnliche Erbauseinanderſetzung erhaltenen Sache gelten; Papinian ſelbſt ferner gibt den Grund ſeiner Entſcheidung ausdrücklich an, dieſer aber iſt ein von dem von v. Buchholtz angegebenen ganz verſchiedener, nämlich die conjectura voluntatis; endlich und hauptſächlich entſpricht der Inhalt von Papinian's Entſcheidung gar nicht den von v. Buchholtz hieher gezogenen Grundſätzen, und kann auch denſelben in der That nicht entſprechen, wenn man nur bedenkt, welche Reſultate dann im Detail entſtehen würden, und wie verſchieden (worauf ſchon oben S. 189 aufmerkſam gemacht wurde) das Recht auf gewöhnliche Erbauseinanderſetzung von dem Rechte auf Realiſirung einer divisio bonorum iſt.

Sind die Erben lediglich auf partes hereditariae gerufen, und nicht zugleich mit Prälegaten bedacht, ſo iſt ihr Recht nicht auf Zutheilung gerade der und der beſtimmter Sachen, ſondern nur allgemein auf reelle Verwerthung ihrer partes her. gerichtet; dieſen Zweck hat hier die Erbauseinanderſetzung. Findet ſich nun ſchon vor oder bei der letztern eine vermeintliche Erbſchaftsſache evincirt (oder auch ohne Eviktion als fremd),

hauptung; wir haben hierfür in der That nur noch darzuthun, einmal, daß die soeben aus dem zweiten Theile des fr. 77 §. 8 D. de leg. II für die divisio bonorum gewonnenen Grundsätze in gleichem Falle auch für unsere institutio ex re certa gelten müs-

---

so ist von ihr das Objekt der Theilung, d. h. eben der wirkliche Nachlaß, zu purificiren, die Erben bekommen nun nichts desto weniger ganz dasselbe, nämlich den Werth ihrer partes hereditariae. Wird erst nach der Erbauseinandersetzung einem Erben ein ihm zugesprochenes Objekt evincirt, so beruht sein Entschädigungsanspruch auf dem Gesichtspunkte nachträglicher Purificirung der Erbschaft, wodurch dann doch wieder jeder Erbe das ihm ursprünglich zukommende behält, oder vielmehr erst jetzt richtig erhält, nämlich den Werth seiner pars hereditaria (wobei nur, aber ganz billig, die aestimatio rei evictae nach der Zeit der Eviktion bestimmt wird). — Wie wären diese Grundsätze bei der divisio bonorum möglich? wie entspricht denselben die Entscheidung Papinian's?

Bei einer divisio bonorum haben die, allerdings zunächst ebenfalls auf partes hereditariae gerufenen, Erben doch nicht sowohl das Recht auf Verwerthung dieser ihrer partes, sondern sie haben als Prälegatare das Recht auf Zutheilung gerade der bestimmten (dem Werthe ihrer partes überdieß nicht nothwendig entsprechenden) von dem Erblasser ihnen zugewiesenen Objekte, und zwar, weil die Zuwendungen sich ex voluntate defuncti gegenseitig bedingen, dieß solange, als es ohne Verkürzung der auch den Miterben per divisionem zugewiesenen Sachen geschehen kann. Daß jedem Erben von dem Erblasser eine Sache als Erbtheil zugewiesen ist, bewirkt nicht, daß er sie nach den Grundsätzen der Erbtheile bekommt sondern daß er sie für das in seinem Erbtheile Enthaltene bekommt (die Erben sollen certis rebus pro sua institutione contenti sein, wie es in Stellen heißt, welche wir später in anderer Beziehung kennen lernen werden, s. auch c. 10 C. fam. erc.). Gerade darum darf derjenige Erbe, welcher seine res certa, weil sie evincirt ist, nicht erhalten und auch keine aestimatio, weil Alles vertheilt war, beanspruchen kann, auf das in seiner pars hereditaria Enthaltene rekurriren, und dieses behalten, wenn nicht freiwillig die Miterben ihm die aestimatio rei evictae leisten. Dieß ist Papinian's Entscheidung, sie hat mit den Folgen der Eviktion einer bei gewöhnlicher Erbauseinandersetzung zugesprochenen Sache keine Aehnlichkeit. — Ebenso übersieht v. Buchholtz (a. a. O. S. 263, Note 11 und 12) ganz und gar die Gesichtspunkte, welche in dem anderweiten, von Papinian nicht unterstellten, Falle für die Entscheidung maaßgebend sind, wenn nämlich nicht Alles vertheilt war, sondern noch soviel unvertheiltes Vermögen vorliegt, daß daraus die aestimatio rei evictae geleistet werden kann.

ſen, ſodann aber zweitens, daß dieſe Grundſätze (ſowie wir bereits annehmen durften, daß es für dieſelben im Weſentlichen gleichgültig iſt, ob die Eviktion vor oder nach Realiſirung der divisio erfolgt) überhaupt nicht auf die Eviktion eines Objekts, welches der Erblaſſer für ſein Eigenthum gehalten hat, zu beſchränken, vielmehr auch bei ſonſtigen Gründen der Unmöglichkeit, eine der res certae zu erhalten, in Anwendung zu bringen ſind, was dann natürlich in gleichem Maaße für divisio bonorum wie für unſere institutio ex re certa gilt. — Die Richtigkeit dieſer beiden Ausdehnungen bedarf denn auch keiner großen Beweisführung.

Rückſichtlich der erſteren genügt es, wenn wir uns die oben (S. 194 ff.) ausgeführte Aehnlichkeit beider Anordnungen vergegenwärtigen; insbeſondere haben wir geſehen, daß ſich die institutio ex re certa vermöge ihrer juriſtiſchen Conſtruktion gerade ſo geſtaltet wie die divisio bonorum, d. h. auch bei erſterer ſind die Erben zunächſt auf, von den res certae unabhängige, partes hereditariae gerufen, nur im Effekte erhalten ſie die res certae, und zwar als Prälegate; durch die Zuweiſung dieſer Prälegate wird das in den partes hereditariae Enthaltene gegenſeitig gerade ſo entleert, wie dieß bei der divisio geſchieht, jeder heres ex re certa institutus bekommt hauptſächlich, ja wenn Alles vertheilt iſt vollſtändig, die res certa für das in ſeiner pars hereditaria Enthaltene; ſchon darum dürfen wir die aus fr. 77 §. 8 D. cit. abgeleiteten Grundſätze unbedenklich auf die institutio ex re certa anwenden. Ueberdieß aber erhellt auch bei der in Form von institutiones ex re certa von dem Erblaſſer vorgenommenen Theilung dieſelbe conjectura voluntatis, von welcher Papinian in der gedachten Stelle bezüglich der divisio ausgeht, wie denn Juſtinian ſelbſt in Nov. 107 cap. 1 (ſ. oben S. 195), beide Anordnungen im Sinne eines theilenden Erblaſſers ausdrücklich auf Eine Linie ſtellt; bei unſerer institutio iſt ebenfalls anzunehmen, daß der Teſtator, hätte er gewußt, eine der res certae ſei res

aliena, den darauf Eingeſetzten doch nicht leer ausgehen laſſen wollte [39]), vielmehr ſtehen die einſetzungsweiſe gemachten Zuwendungen auch hier in einem ſich gegenſeitig bedingenden Verhältniſſe; daraus folgt denn, daß einerſeits, ſolange der evictus den Werth des evincirten Objektes ohne Verkürzung der den Miterben zugewendeten res certae bekommen kann, er denſelben auch wirklich zu bekommen hat, und daß er andererſeits, wenn dieß unmöglich iſt, auf das in ſeiner pars hereditaria Enthaltene rekurriren darf, ſofern ihm nicht die Miterben freiwillig die aestimatio rei evictae leiſten wollen.

Was die zweite der oben behaupteten Ausdehnungen betrifft, ſo ſprechen zwar die Worte des fr. 77 §. 8 cit. nur von dem ſpeciellen Falle, wenn eine prälegirte species, welche der theilende Erblaſſer für ſein Eigenthum gehalten hat, evincirt wird, allein die der Entſcheidung zu Grunde liegende conjectura voluntatis, welche doch das Weſentliche iſt, geht offenbar weiter: der Erblaſſer wollte dieſe Entſcheidung ſicher nicht bloß dann, wenn das Objekt gerade evincirt werde, denn an Eviktion konnte er nicht denken, da er die Sache für ſein Eigenthum gehalten hat, vielmehr, ſowie er dieſelbe überhaupt darum und nur darum zugewendet hat, weil er glaubte, er könne ſie geben, und der Erbe könne ſie auch, als zur Erbſchaft gehörig, wirklich erhalten, wie er ferner nur unter dieſer Vorausſetzung auch den anderen Erben die ihnen beſtimmten Sachen zugewieſen hat, ſo iſt es offenbar, daß er jene Entſcheidung in allen denjenigen Fällen wollte, in welchem ſeine Vorausſetzung nicht eingetroffen iſt. Zugleich erhellt einfach, daß dieſe conjectura voluntatis ebenſowohl für unſere institutio ex re certa wie für die divisio bonorum gilt.

Durch die bisherigen Erörterungen nun haben wir die Rich-

---

[39]) Soferne nicht die Gewißheit vorliegt, daß der Teſtator dieſen Erben lediglich darum eingeſetzt hat, weil er glaubte, ihm gerade dieſe Sache zuwenden zu können, ſ. oben S. 248, Note 4.

tigkeit der oben (S. 254) aufgeſtellten Behauptung erwieſen, um derentwillen die ganze bisherige Entwickelung ſtattgefunden hat, der Behauptung alſo: überall da, wo ein heres ex re certa institutus die Sache, welche er nach des Erblaſſers Willen bekommen ſoll, nicht bekommen kann, weil ſie gar nicht oder nicht dauernd und ſicher zu dem Nachlaſſe gehört, darf er, ſelbſt wenn nach allgemeinen Grundſätzen ein Vermächtniß darum ungültig wäre, das Werthäquivalent der Sache beanſpruchen, ſoferne ein zu deſſen Leiſtung hinreichender, durch die institutiones ex re certa nicht erſchöpfter, Reſt des Vermögens vorliegt. — In Verbindung damit haben wir zugleich weiter (da Papinian's ſpecielle Entſcheidung gerade einen Fall überſchwerter Erbſchaft vorausſetzt, und wir erſt hieraus auf die Behandlung des ſoeben genannten Falles zurückzuſchließen hatten) im Voraus einen für die Ueberſchwerung der Erbſchaft durch die res certae wichtigen Satz kennen gelernt, nämlich: wenn in den gedachten Fällen kein zur Leiſtung der aestimatio rei hinreichender unvertheilter Reſt des Vermögens vorliegt, dann kann der heres ex re certa institutus allerdings zwar dieſe aestimatio nicht beanſpruchen, allein er braucht dafür auch den Miterben zu ihren res certae nichts beizutragen, ſondern behält den Werth ſeiner pars hereditaria, ſoferne nicht die Miterben freiwillig ihm ſoviel leiſten, als er judicio testatoris bekommen ſollte. — Wir haben endlich geſehen, daß beide Grundſätze nicht nur für unſere institutio ex re certa, ſondern auch für die divisio bonorum gelten, ja wir konnten ſie aus fr. 77 §. 8 cit. direkt nur für die letzte Anordnung ermitteln, und erſt von da auf die erſtere übertragen.

Es bleibt uns nun noch übrig, die Hauptanwendungen anzugeben, in welchen, abgeſehen von der Eviktion einer dem Erben zugewendeten fremden Sache (dem in fr. 77 §. 8 cit. ſelbſt enthaltenen Falle), dieſe beiden Sätze von Wichtigkeit werden. Dieſe Anwendungen ſind folgende:

a) wenn ſich ein Objekt als res aliena herausſtellt, ohne daß

von Eviktion oder auch nur von deren Möglichkeit die Rede ist, besonders also wenn sich das Objekt nicht einmal in dem Besitze des Erblassers befand[40]); nur wird hier, wie natürlich, erfordert,

---

[40]) Aus den verschiedenen Punkten der bisherigen Erörterungen erhellt zugleich nebenbei eine Berichtigung der herrschenden Ansichten über die Frage, wann überhaupt ein legatum rei alienae, obwohl der Erblasser das Objekt irrthümlich für das seinige gehalten hat, gültig ist? — Man muß von dem allgemeinen Satze ausgehen, daß, nachdem einmal das Römische Recht dem Irrthume des Erblassers über das Eigenthum einen Einfluß auf die Gültigkeit des legatum rei alienae zuerkannt hat, die Gültigkeit in dieser Beziehung (also abgesehen von den sonstigen Erfordernissen der Errichtung dieses Vermächtnisses) lediglich quaestio voluntatis ist, daß sonach alle gesetzliche Bestimmungen darüber nur als Interpretationsregeln der voluntas testatoris anzusehen sind. Von diesem Gesichtspunkte aus kommt es, wie bekannt, vor Allem darauf an, ob der Erblasser wußte, daß ihm die Sache nicht gehöre, oder ob er sie irrthümlich für sein Eigenthum gehalten hat. In dem ersteren Falle (wo dann dem Honorirten die Beweislast über des Testators Wissenschaft obliegt) gilt das Vermächtniß unbedingt, denn es ist hier kein Irrthum des Testators möglich. Dagegen in dem zweiten Falle geht zwar die natürliche Regel dahin, daß das Vermächtniß nicht zu Recht besteht (forsitan enim, si sciisset alienam, non legasset, et ita Divus Pius rescripsit, §. 4 J. de legat.), indessen ausnahmsweise gilt es doch auch hier. Dabei fehlt man nun meines Ermessens darin, daß man nur einzelne Ausnahmsfälle nennt, und diese als etwas einmal gesetzlich bestimmtes und nicht auszudehnendes ansieht (so beschränkt noch neuerdings Bachofen (das Röm. Pfandrecht Bd. I, S. 129) die Gültigkeit auf den Fall, daß der Legatar eine persona conjuncta ist, und sieht darin zugleich eine praesumtio juris et de jure), während doch in den Quellen nicht nur noch andere Fälle erwähnt werden, sondern überdieß aus allen da erwähnten Fällen ein gemeinschaftliches, eine Beschränkung auf specielle Fälle nicht enthaltendes, auf die voluntas testatoris gebautes Princip ersichtlich ist. Man muß, in consequenter Durchführung des obigen allgemeinen Princips, sagen: auch wenn der Erblasser die Sache irrthümlich für die seinige hielt, gilt doch das Vermächtniß dann, wenn es unter Umständen hinterlassen ist, welche annehmen lassen, daß der Erblasser, auch wenn er seinen Irrthum gekannt hätte, dennoch ein Vermächtniß angeordnet haben würde (si legaturus esset, etsi sciisset, rem alienam esse, wie man den Schluß der c. 10 C. de leg., ohne übrigens dort den Text in dieser Art verändern zu wollen, demgemäß verallgemeinern darf). Als solche Umstände erkennen die Quellen ausdrücklich an: 1) wenn der Legatar eine persona conjuncta ist, c. 10 C. cit.;

daß daſſelbe deutlich und individuell erkennbar bezeichnet iſt, denn iſt dieß nicht der Fall (z. B. der Erblaſſer weiſt ſeinen Garten dem A, ſein Haus dem B zu, während er in der That gar kein

---

hier ſah der Erblaſſer mehr auf die Perſon als auf die Sache (ſ. bereits oben S. 256). Bachofen a. a. O. S. 129, Note 10 zählt unter Berufung auf fr. 72 (denn dieſes Fragment meint er jedenfalls ſtatt des dort im Drucke erſichtlichen fr. 73) D. ad Sct. Treb. zu den personae conjunctae auch den Erben als ſolchen, alſo den Prälegatar, jedoch mit Unrecht; dieſe Stelle enthält einen anderen Geſichtspunkt (ſ. unten 3, a), dagegen aber zeigt der erſte Theil des fr. 77 §. 8 D. de leg. II deutlich, daß eine persona conjuncta, wenn ſie zugleich Erbe iſt, und den Werth ihres Erbtheils behält, als Prälegatar jene günſtige voluntas testatoris geradezu nicht für ſich hat; den Grund ſ. bereits oben S. 257. 2) wenn die Sache dem Erben gehört; fr. 67 §. 8 D. de leg. II: Sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem; 3) wenn das Vermächtniß mit andern letztwilligen Dispoſitionen zuſammenhängt, und um ihrerwillen angeordnet iſt; hier wollte der Erblaſſer unter allen Umſtänden ein Vermächtniß zuwenden, weil ſich ſonſt der Totalzweck ſeiner Anordnung nicht realiſiren würde. Dieſen Geſichtspunkt finden wir vornemlich in zwei Fällen: a) wenn dem Erben aufgegeben iſt, die Erbſchaft zu reſtituiren praecepta certa re; hierher gehört das fr. 72 D. ad Sct. Treb. ſ. darüber bereits oben S. 265, Note 34. b) wenn der Erblaſſer bei Anordnung einer divisio bonorum oder Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae einem derſelben eine res aliena zugewendet hat, ſoferne zugleich noch ein für Leiſtung des Werths dieſer Sache genügender unvertheilter Vermögensreſt vorhanden iſt; die Begründung dieſes Satzes hat einen Hauptbeſtandtheil unſrer Erörterungen über den zweiten Theil des fr. 77 §. 8 D. de leg. II gebildet. — In allen dieſen Fällen braucht der Vermächtnißnehmer die ihm günſtige voluntas des Erblaſſers nicht zu beweiſen, eben weil ſie ſchon aus den Umſtänden hervorgeht. Es iſt aber nicht ausgeſchloſſen, daß auch in ſonſtigen Fällen das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Erblaſſer für ſein Eigenthum gehalten hat, gilt, wenn Umſtände oder der Beweis des Erben dafür ſprechen, daß ihm der Erblaſſer legirt hätte, etsi sciisset, rem alienam esse. — Alles Bisherige läßt ſich ſonach unter folgenden einfachen Geſichtspunkt zuſammenfaſſen: Die Gültigkeit eines legatum rei alienae hat die Vermuthung gegen ſich, es gilt daher nur dann, wenn entweder der Legatar beweiſt, daß der Erblaſſer gewußt hat, die Sache gehöre ihm nicht, oder wenn Umſtände vorliegen, welche annehmen laſſen, daß der Erblaſſer, auch wenn er gewußt hätte, daß ihm die Sache nicht gehört,

Haus hat, und auch nicht erhellt, welches ſpecielle fremde Haus er meint), dann fehlt es an allem Maaßſtabe einer aestimatio, hier können weder die Miterben bei überſchwerter Erbſchaft ſich zur Leiſtuug der aestimatio erbieten, noch kann der mit dem unkenntlichen Objekte bedachte Erbe dieſelbe fordern, ſollte auch ein noch ſo großer unvertheilter Vermögensreſt vorhanden ſein, vielmehr behält derſelbe den Werth ſeiner pars hereditaria, er braucht daraus nichts an die Miterben abzugeben, während dieſe unter ſich fortwährend zu ihren res certae beizutragen haben.

b) Wenn ein Objekt mit einem Pfandrechte belaſtet iſt, ohne daß dieß der Erblaſſer wußte; nach gewöhnlichen Grundſätzen müßte hier lediglich der mit der Sache Honorirte die Pfandſchuld ablöſen, anders aber, wenn bei Anordnung einer divisio bonorum oder institutio ex re certa einem der Erben eine verpfändete Sache zugewieſen wird. Iſt hier noch ein unvertheilter Reſt des Vermögens vorhanden, mit welchem die Pfandſchuld getilgt werden kann, ſo muß deren Tilgung aus dieſem Reſte geſchehen, im anderen Falle dagegen braucht der mit der verpfändeten Sache honorirte Erbe aus ſeiner pars hereditaria nur dann den Miterben zu den ihnen zugedachten Objekten beizuſteuern, wenn ſie ihm jenes Pfandrecht ablöſen. Dieß iſt nur eine ſelbſtverſtändige Folge des allgemeinen, aus dem zweiten Theile von fr. 77 §. 8 D. de leg. II entwickelten Grundſatzes, es wird uns aber überdieß, und zwar wiederum von Papinian, für die divisio bonorum ausdrücklich geſagt, was denn zugleich noch weſentlich dazu beiträgt, die Richtigkeit unſerer obigen Interpretation des fr. 77 §. 8 cit. zu beſtätigen.

---

dennoch entweder dieſe Sache oder eine Sache von gleichem Werthe vermacht haben würde. — Daß übrigens überall, wo das legatum rei alienae nach dem Bisherigen überhaupt gilt, der Anſpruch des Legatars nicht darauf beſchränkt iſt, daß gerade vor ſeinem Beſitzerwerbe die Sache ſich als fremd herausſtellt, iſt ſchon oben S. 257, Note 27 gegen Bachofen erwieſen werden.

fr. 33 D. fam. erc. (10, 2). Papinianus lib. 7 Respons.: Si paterfamilias fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogitur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Der Juriſt entſcheidet hier rückſichtlich des Anſpruches des mit einer res obpignerata bei einer divisio bonorum Honorirten geradeſo, wie er in fr. 77 §. 8 D. cit. rückſichtlich des mit einer res aliena bei derſelben Anordnung Bedachten gethan hat; auch hier iſt alſo, wie in letzterer Stelle, vorauszuſetzen, daß die Entſcheidung zunächſt nur einen Fall im Auge hat, in welchem nicht ſoviel unvertheiltes Vermögen vorhanden iſt, daß daraus die luitio pignoris bewirkt werden kann, indem ſonſt auch hier der Ausdruck der Entſcheidung weiter hätte gehen müſſen [41]).

---

[41]) Auch bezüglich des Vermächtniſſes einer verpfändeten Sache geben unſere Erörterungen eine Berichtigung der herrſchenden Anſichten über die Frage, wann nicht dem Honorirten, ſondern dem Gravirten die luitio pignoris obliegt, obwohl der Erblaſſer von dem Pfandnexus nichts wußte. — Bekanntlich ſteht das Vermächtniß einer verpfändeten Sache dem legatum rei alienae inſofern gleich, als, wenn auch der Legatar das Eigenthum der Sache (ſoferne ſie dem Erblaſſer gehört) unbedingt verlangen kann, doch wegen des Veräußerungsrechts de sPfandgläubigers ungewiß iſt, ob er die Sache behalten kann (fr. 45 §. 1 fin. D. de leg. I: — ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non licet), es wird alſo darauf ankommen, wer das Pfandrecht ablöſen muß, damit der Legatar die Sache behalten kann. Auch dieß iſt lediglich quaestio voluntatis defuncti, und in dieſer Beziehung ſieht das Römiſche Recht, wie bei dem legatum rei alienae, zunächſt darauf, ob dem Erblaſſer der Pfandnexus bekannt war oder nicht. In dem erſteren Falle liegt die luitio dem Gravirten ob, ſoferne nicht der Erblaſſer dieſelbe dem Honorirten auferlegt hat, was er dann wohl in der Regel ausdrücklich ausſprechen wird (§. 5 J. de leg., fr. 57 D. de leg. I, c. 6 C. de fideic. 6, 42), was aber auch unter Umſtänden ſchon ſtillſchweigend in dem Vermächtniſſe liegen kann (ſo in fr. 15 D. de dote prael. 33, 4). In dem zweiten Falle dagegen iſt es allerdings Regel, daß der Honorirte ſelbſt das luere zu beſorgen hat; meiſt wird ihm dadurch freilich ſein Vermächtniß ſo inhaltslos werden, wie wenn ſich bei einem legatum rei alienae

c) Wenn einem der Erben eine res litigiosa zugetheilt iſt. Wir haben bereits oben (S. 212) geſehen, daß in dieſem Falle nach einer Verordnung von Gratian, Valentinian und Theodos die Klage lediglich von den Erben durchzuführen iſt,

---

der Honorirte die fremde Sache mit eigenem Gelde anſchaffen ſollte, inzwiſchen iſt es dennoch möglich, daß ihm ein Vortheil bleibt, denn: potest aliquid esse superfluum aere alieno, fr. 57 D. de leg. I. Mühlenbruch im Archiv für civ. Prax. Bd. XV, S. 393 ff. Ausnahmsweiſe muß indeſſen hier der Gravirte, nicht der Honorirte, das Pfandrecht ablöſen; auch dieſe Ausnahmen ſind nicht als Einzelnheiten anzuſehen, ſondern faſſen ſich unter das allgemeine Princip zuſammen: wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Erblaſſer, auch wenn er den Pfandnexus gekannt hätte, dennoch dieſe oder eine andere Sache vermacht haben würde, ja hier wird es uns von den Quellen ausdrücklich in dieſer Allgemeinheit geſagt, fr. 57 D. de leg. I: — si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si sciisset obligatum; c. 6 C. de fideic.: — aut, si sciisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Solche Anhaltspunkte werden dann wegen gleicher ratio wie bei dem legatum rei alienae auch hier vorliegen: 1) wenn der Honorirte eine persona conjuncta iſt, obwohl wir keine ausdrückliche Stelle dafür haben; 2) wenn die Sache dem gravirten Erben verpfändet iſt, obwohl auch dieß in den Quellen nicht ſpeciell hervorgehoben wird. Uebrigens iſt zu beachten, daß dieſer Fall überhaupt nur dann von Bedeutung wird, wenn zugleich die Sache ſelbſt res aliena iſt, d. h. nicht in des Erblaſſers Eigenthum ſtand, denn ſonſt würde mit dem Erbſchaftserwerb das Pfandrecht des Erben, einerlei ob der Erblaſſer ſelbſt oder ein Dritter der Schuldner der pfandlich geſicherten Forderung war, per confusionem erloſchen ſein; 3) wenn der Erblaſſer zur Realiſirung anderer letztwilliger Dispoſitionen das Vermächtniß beſtellt hat, alſo der Totalzweck ſeines Willens vereitelt würde, wenn das Vermächtniß dem Honorirten nicht den vollen Vortheil einer unverpfändeten Sache gäbe; dieß finden wir denn auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt für die beiden, bereits oben bei dem legatum rei alienae in derſelben Beziehung hervorgehobenen Fälle: a) wenn dem Erben aufgegeben iſt, die Erbſchaft zu reſtituiren praecepta certa re, fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (vergl. darüber bereits oben S. 113 ff.); b) im Falle einer divisio bonorum, ſoferne ein für die luitio hinreichender unvertheilter Reſt des Vermögens vorhanden iſt, arg. unſres fr. 33 D. fam. erc.. alſo in gleichem Falle auch bei unſerer institutio ex re certa. — Denken laſſen ſich auch noch andere Fälle, mit Unrecht aber will v. Buchholtz Präl. S. 220, Note 23—25 den Fall hierher ziehen, wenn eine verpfändete Sache als Prälegat hinterlaſſen iſt; bei dem Prälegate ſoll es zum Unterſchiede von dem ſimplen Legate einer verpfändeten Sache für die Luitionspflicht

der Honorirte aber mit der aestimatio des Streitgegenſtandes abgefunden werden ſoll. Die letztere Beſtimmung ändert nun bekanntlich Juſtinian in Nov. 112 cap. 1 dahin ab, daß derjenige, welchem legati nomine eine res litigiosa hinterlaſſen iſt, überhaupt nur dann ein Anſpruch, nun aber auch auf das vermachte Objekt ſelbſt, zuſtehen ſolle, wenn die Erben in dem Proceſſe obgeſiegt haben, „quoniam sciens testator rem litigiosam esse litis eventum legatario dereliquit“. Es muß nun aber behauptet werden, daß dieſe Beſtimmung Juſtinian's allgemein dann keine Anwendung leidet, wenn eine divisio bonorum oder ein Fall unſerer institutio ex re certa in Frage ſteht, und dabei einem der Erben eine res litigiosa zugewieſen iſt, indem es den früheren Ausführungen zufolge in der That bei keiner dieſer Anordnungen der conjectura voluntatis angemeſſen erſcheint, den Honorirten eventuell leer ausgehen zu laſſen. Vielmehr muß man hier, gerade mit Rückſicht

---

der Gravirten ohne Einfluß ſein, ob der Erblaſſer den Pfandnexus gekannt hat oder nicht, indem die hier einſchlagenden Geſetze (fr. 28 und 33 D. fam. erc.), in der That allgemein redeten, und man daher annehmen müſſe, der Erbe ſei eine von dem Erblaſſer ſo geliebte Perſon, daß ihm derſelbe das Prälegat ſogar in dem Falle hinterlaſſen haben würde, wenn er die Verpfändung gekannt hätte. Allein es iſt ſchon oben bei dem legatum rei alienae gezeigt worden, daß der Erbe als ſolcher in der That keine persona conjuncta iſt, daß vielmehr eine persona conjuncta gerade dann, wenn ſie zugleich Erbe iſt, und ihren Erbtheil behält (wie v. Buchholtz a. a. O. S. 361, Note 2 ſelbſt anerkennt), ihr Vorzugsrecht verliert. Was aber die beiden von v. Buchholtz citirten Stellen betrifft, ſo erledigt ſich fr. 33 D. cit, das allerdings jenen Unterſchied nicht macht, durch die von uns aufgeſtellten Geſichtspunkte hinlänglich, und fr. 28 D. eod. ſetzt augenſcheinlich voraus, daß der Erblaſſer den Pfandnexus kannte: rem pignori creditori datam (das wird doch der Erblaſſer gewußt haben) si per praeceptionem legaverit testator, etc., gerade wie man in Gaj. II, §. 220: si quis eam rem, quam creditori fiduciae causa dederit etc. nicht in Abrede ſtellen kann, daß der Teſtator dieſe ſeine eigne Handlung gekannt haben wird. — Der Behauptung von Bachofen a. a. O. S. 132, Note 4, daß auch hier der Beſitzerwerb die Grenzſcheide des an ſich begründeten Rechtes des Honorirten auf Vornahme der pignoris luitio durch den Gravirten bilde, ſteht meiner Anſicht nach daſſelbe entgegen, was deßfalls ſchon früher bezüglich des legatum rei alienae bemerkt worden iſt.

auf den Willen des Erblaſſers, die Entſcheidung dahin geben [41a]), daß der mit dem Streitgegenſtande bedachte Erbe entweder gleich jetzt deſſen aestimatio fordern darf, ſodaß das Objekt ſelbſt ſpäter entweder gemeinſchaftlich bleibt oder gemeinſchaftlich verloren geht, oder aber er braucht aus ſeiner pars hereditaria den Miterben nur dann zu ihren res certae beizutragen, wenn ihm dieſelben Caution dahin leiſten, daß ihm bei demnächſtigem glücklichen Ausgange des Proceſſes die res litigiosa ſelbſt, bei unglücklichem Ausgange aber deren aestimatio zu Theil werde.

d) Wenn die einem Erben zugewendete res (aliena oder propria testatoris) ſpäter, jedoch noch vor dem Erwerbe derſelben, ohne Schuld der Gravirten extra commercium (und zwar nicht blos des Prälegatars) kommt, oder phyſiſch untergeht, während hier nach gewöhnlichen Grundſätzen [42]) das Vermächtniß ungültig würde, ſodaß nicht einmal die aestimatio rei gefordert werden könnte.

e) Wenn die res certa eine Forderung iſt, und dieſe bei Lebzeiten des Erblaſſers ohne deſſen animus adimendi, und ohne daß ein Surrogat dafür in ſein Vermögen gekommen iſt, erliſcht, es ſei ipso jure oder per exceptionem; nach allgemeinen Vermächtnißgrundſätzen würden hier die Regeln über Untergang des legirten Objektes zur Anwendung kommen, der damit Bedachte könnte nicht einmal die aestimatio fordern [43]). Anders, wenn ſich dieſer Fall bei einer divisio bonorum oder institutio ex re certa ereignet, hier iſt jedesmal ein Anſpruch auf den Werth der erloſchenen Forderung begründet, und zwar wieder direkt, wenn der etwa

---

[41a]) Dieß jedesmal bei der divisio bonorum (ſ. oben S. 253, Note 23), bei der institutio ex re certa aber wenigſtens im Zweifel (ſ. oben S. 246 ff.), d. h. ſolange nicht noch ein beſonderer Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß der Teſtator dieſen Erben gerade nur für den Fall des glücklichen Proceßausganges überhaupt inſtituirt hat, wo dann dieſe Erbeseinſetzung ſelbſt als eine bedingte erſcheint.

[42]) z. B. §. 16 J. de leg. (2, 20). fr. 53 §. 7. 9 D. de leg. I. fr. 22 §. 2 D. de leg. III.

[43]) §. 21 J. de leg. (2, 20). fr. 11 §. 13 D. de leg. III. Roßhirt, Vermächtniſſe, Bd. II, S. 269 ff.

unvertheilte Reſt des Nachlaſſes zur Zahlung dieſer Summe ausreicht, im anderen Falle dagegen nur indirekt, d. h. der Honorirte braucht aus ſeiner pars hereditaria den Miterben nichts abzutreten, ſoferne ſie ihm nicht den Werth jener Forderung präſtiren.

f) Gleiche Grundſätze nach derſelben Unterſcheidung müſſen endlich auch dann eintreten, wenn der auf eine species Eingeſetzte dieſelbe (nicht etwa blos ihre aestimatio) bereits vor dem dies cedens, alſo vor dem Erbſchaftserwerbe, aus einem anderweiten, und zwar lukrativen Rechtsgrunde definitiv in ſein Vermögen erworben hat, obwohl in ſolchem Fall nach gewöhnlichen Grundſätzen ein Vermächtniß, ſei es ſimples Vermächtniß oder Prälegat [44]), durch concursus duarum causarum lucrativarum erlöſchen würde [45]). Bei den im Falle einer Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae (wie auch einer divisio bonorum) vermöge juriſtiſcher Conſtruktion vorliegenden Prälegaten macht ſich nämlich auch in der hier zur Sprache gebrachten Rückſicht der auf die conjectura voluntatis gegründete Satz geltend, wonach Jeder aus ſeiner pars hereditaria zu den res certae der Miterben nur darum beizutragen hat, weil ihm auch dieſe aus ihren partes hereditariae zu der ſeinigen beitragen ſollen; daran aber kann ſich natürlich dadurch nichts ändern, daß einer der Honorirten die ihm zugewendete res certa inzwiſchen anderswie, wenn auch lukrativ, erworben hat. Ueberdieß aber muß dieſer Satz, was wohl zu beachten iſt, auch in umgekehrter Ausdrucksweiſe dahin aufgefaßt werden: Jedem wird ſein Prälegat nur in der Art zu Theil, daß er gegen und für daſſelbe aus ſeiner pars hereditaria den Miterben etwas abgibt; demnach bekommt er ſeine res certa in der That nicht unentgeltlich, denn daß das dafür an die Miterben Abzutretende ebenfalls lukrativ (nämlich jure hereditario) von ihm erworben war, entſcheidet natürlich ebenſo-

---

[44]) v. Buchholtz a. a. O. S. 598, Note 260.

[45]) §. 6 J. de leg. (2, 20).

wenig, wie der Umstand, daß ein Vermächtnißnehmer das legirte Objekt vor dem dies cedens sich mit ihm etwa geschenkten Gelde anschafft, geeignet ist, diesen Erwerb zu einem lukrativen zu machen. Schon nach allgemeinen Grundsätzen [46]) liegt daher hier in Wirklichkeit gar kein concursus duarum causarum lucrativarum vor, indem wohl jener frühere Erwerb, nicht aber auch der aus der institutio ex re certa (oder divisio bonorum) abzuleitende Anspruch auf die res certa ein lukrativer genannt werden kann.

BB. Wir gehen nunmehr zu der Frage über, wie es zu halten sei, wenn eine oder die andere der res certae überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher zu dem Nachlasse gehört, zugleich aber in demselben kein genügendes Werthäquivalent dafür sich findet, m. a. W. also, wenn durch Zuwendung der res certae die Erbschaft überschwert ist. Allerdings haben wir, wie nicht zu vermeiden war, bereits in den soeben geschlossenen Erörterungen, und zwar aus dem wörtlichen Inhalte des fr. 77 §. 8 D. de leg. II, eine hierher gehörige wichtige Entscheidung kennen gelernt, und in einer Reihe von Fällen zur Anwendung gebracht; allein dieselbe ist keineswegs für alle hier denkbaren Fälle erschöpfend. Wir haben daher, unter einstweiliger Beiseitsetzung dieser Entscheidung, unsere Frage nach ihrer gesammten Bedeutung zu prüfen, im Verlaufe wird sich alsdann den bereits von uns gefundenen Resultaten leicht die rechte Stellung anweisen lassen.

Ueberschwerung der Erbschaft durch res certae ist durchweg

---

[46]) fr. 34 §. 8 D. de leg. I. Et multo magis hoc (in dem vorhergehenden §. 7 nämlich heißt es: quodsi rem emissem mihi legatam, usque ad pretium, quod mihi abest, competit mihi ex testamento actio.) dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogavit vel ipsam rem, vel aliud pro ea, aut si sub conditione legasset dandi quid pro ea; nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestiturus.

wesentlich verschieden von demjenigen, was man gewöhnlich Ueberschwerung der Erbschaft zu nennen pflegt, von dem Falle nämlich, wenn den gehörig eingesetzten Erben zu viele Unzien zugewiesen sind. In diesem letzteren Falle ist überschwert dasjenige, worauf die Erben als solche gerufen sind, nichts materielles, sondern das jus ipsum defuncti, die hereditas als ideelles Begriffsganzes, einerlei, was und wieviel in dem Nachlasse enthalten ist; in unseren Fällen dagegen ist überschwert dasjenige, was die Erben als Prälegatare materiell bekommen sollen, das Aggregat der res hereditariae. Dort ferner besteht die Ueberschwerung darin, daß mehr Bruchtheile des ideellen Ganzen (partes hereditariae) ausgetheilt sind, als ein Ganzes faßt; hier dagegen darin, daß mehr Werth vertheilt ist, als die Erbschaft, und zwar das in dem Nachlasse befindliche Aktivvermögen, in concreto enthält; ein Objekt überschwert dann die Erbschaft, wenn es (nach irgend einer der aus den früheren Erörterungen uns bereits bekannten Richtungen) gar nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse enthalten ist, und zugleich kein etwa unvertheilter Rest desselben vorliegt, mit welchem jenes Objekt erhalten oder sein Werth ersetzt werden könnte. Unzienüberschwerung endlich wird lediglich durch Anordnung des Testators herbeigeführt, sie ist darum eine einmalige und bleibende, es kann nicht durch Veränderung des überschwerten Objektes (eben weil dieses immer dasselbe bleibt) bewirkt werden, daß eine anfangs vorhandene Ueberschwerung später wegfällt, oder daß eine anfangs nicht vorhandene erst in der Folge entsteht; anders in unseren Fällen, hier richtet sich die Ueberschwerung weniger nach der Anordnung des Erblassers, als vielmehr hauptsächlich nach dem Bestande des Vermögens, sie ist daher wie dieser nichts einmaliges, sich dann stets gleich bleibendes, sondern etwas schwankendes, veränderliches, eine solche Ueberschwerung kann einerseits im Augenblicke der Anordnung vorhanden sein, nachher aber wieder wegfallen, z. B. durch inzwischen vollendete Ersitzung der ur-

ſprünglich fremden überſchwerenden Sache, oder durch weitern Vermögenserwerb, welcher nunmehr ein genügendes Aequivalent für die in der Erbſchaft nicht enthaltenen Sache bietet, oder in Anſchaffung dieſes Objektes ſelbſt beſteht, es kann andererſeits eine Ueberſchwerung zur Zeit der Anordnung nicht vorhanden ſein, ſpäter aber durch inzwiſchen eingetretene Vermögensverminderung zum Vorſcheine kommen, z. B. durch nachträgliche Veräußerung, Verpfändung, phyſiſchen Untergang oder Verkehrsentziehung einer der res certae.

Bei jener ideellen Unzienüberſchwerung wird es nun bekanntlich ſo gehalten, daß, obwohl die Theilung, ſo wie ſie vorliegt, nicht befolgt werden kann, doch die aus ihr erſichtliche voluntas testatoris realiſirt wird; nach demſelben Verhältniſſe, in welchem die wirklich ausgetheilten partes hereditariae zu einander ſtehen, werden ſie nunmehr verringert [47]), gerade wie ſie verhältnißmäßig dann erhöht werden, wenn ſie zuſammen ein Ganzes nicht erſchöpfen [48]), beides geſtützt eben darauf, daß der Teſtator, wenn auch zwölf Unzien die solemnis assis distributio bilden, doch ſoviele Unzien wählen darf als er will, und nur die daraus erſichtliche Verhältnißmäßigkeit der ausgetheilten partes hereditariae maaßgebend iſt [49]).

Liegt dagegen in dem Falle unſerer institutio ex re certa eine materielle Ueberſchwerung der res hereditariae, des Werthes der Erbſchaft vor, ſo muß, um die hier eintretenden Grundſätze zu beſtimmen, zunächſt auf einen Unterſchied zurückgegangen werden, welchen wir für die rechtliche Behandlung dieſer Erbeseinſetzungen bereits früher kennen gelernt haben, auf den Unterſchied nämlich, ob des Teſtators Abſicht dahin ging, wirklich auf res certae zu inſtituiren, oder aber mit Nennung der res nur

---

[47]) §. 7 J. de her. inst. (2, 14). fr. 13 §. 4 D. de her. inst. (28, 5).

[48]) §. 7 J. eod. fr. 13 §. 2. 3 D. eod.

[49]) §. 5 J. eod. fr. 13 §. 1 D. eod.

die Erbschaftsquoten auszudrücken, auf welche die Erben gerufen sein sollen.

1) In dem letzteren Falle geht, wie wir wissen [50]), die ganze Behandlung der Anordnung dahin, daß die Eingesetzten nun auch wirklich auf Quoten gerufen werden, welche dem gegenseitigen Werthverhältnisse der bezeichneten res entsprechen. Eine einfache Folge davon ist, daß wenn die wirklich genannten res den Nachlaß überschweren, jetzt dieselbe verhältnißmäßige Reduktion der nach ihnen geschaffenen, die hereditas überschwerenden, Quoten eintreten muß, welche bei wirklicher Unzienüberschwerung [51]) gilt. Der hauptsächlichste Fall dieser Art wird, wie ebenfalls bereits früher [52]) bemerkt worden ist, der sein, daß der Testator sämmtliche Erben auf Summen institnirt, diese aber, in Ueberschätzung seines Vermögens, zu groß angegeben hat. Gesetzt also, der Erblasser schlägt den Werth seines Vermögens, welches sich in der That nur auf 1000 beläuft, zu 3000 an, und ernennt sich zwei Erben, den A auf 1000, den B auf 2000, so ist die Anordnung dahin aufzufassen, als sei A auf $^1/_3$, B auf $^2/_3$ instituirt; dieß angewendet auf den wirklichen Vermögenswerth von 1000 wird nun A $^1/_3$, B $^2/_3$ desselben bekommen. — Dieser Gesichtspunkt ist denn auch von den wenigen Schriftstellern, welche überhaupt den Fall der Ueberschwerung der Erbschaft durch res certae hervorgehoben haben, als der richtige anerkannt. [53])

---

[50]) S. oben S. 134.

[51]) S. Note 47 auf S. 283.

[52]) S. oben S. 139, Note 10.

[53]) v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II, S. 161 gegen Ende. Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht, Bd. III, S. 423. — Dagegen kann diese Entscheidung in gleicher Weise nicht so allgemein bei der divisio bonorum zur Anwendung kommen. Sollte hier der theilende Erblasser allzugroße Summen zugewiesen, und zugleich die Absicht gehabt haben, durch diese Zuweisungen die Erben in ein gegenseitiges Verhältniß zu setzen, so ist es in der Regel nicht möglich, nach dem Verhältnisse der Summen die Erbquoten zu bestimmen, auf welche die Erben direkt gerufen sein sollen,

2) Wie aber verhält es ſich in den gewöhnlichen und eigentlichen Fällen unſerer institutio ex re certa, wenn nämlich der Teſtator die Erben ohne die Abſicht der Angabe von Quotenverhältniſſen auf res certae inſtituirt hat, dieſe ſeine Anordnung alſo rechtlich dahin aufgefaßt wird, daß die Eingeſetzten als heredes sine parte scripti, die ihnen zugewieſenen res certae als Prälegate gelten?

Als maaßgebend für die Entſcheidung dieſer Fälle ſtellt v. Vangerow [54]), welchem in neueſter Zeit auch Sintenis [55]) folgt, an die Spitze den ſoeben genannten Satz: die Eingeſetzten erſcheinen hier als heredes sine parte scripti, die res certae gelten als Prälegate; demgemäß entſcheidet er unſere Frage

---

weil bei der divisio der Erblaſſer dieſe Erbquoten (mit der Delation überhaupt) als bereits aliunde beſtimmt vorausſetzt; nur dann geht es an, wenn es Teſtamentserben ſind, und der Erblaſſer ſie zuerſt unbeſtimmt (ohne Angabe von partes) inſtituirt, nachher aber in einem weiteren Satze die Verhältnißſummen angegeben hat, z. B. A und B ſeien meine Erben, und zwar weiſe ich dem A 1000, dem B 3000 zu, hier gilt A als auf $^1/_4$, B als auf $^3/_4$ eingeſetzt. Liegt aber ein ſolcher Fall nicht vor, ſondern ſetzt der Erblaſſer die Quoten wirklich als aliunde beſtimmt voraus, ſo muß die Entſcheidung dahin ausfallen: 1) entſprechen die aus den zu großen Summen erſichtlichen Verhältniſſe wirklich den aliunde vorausgeſetzten Quoten, ſo ſind ſie einfach zu reduciren, z. B. A und B ſind Teſtaments- oder Inteſtaterben, jeder auf $^1/_2$; der Erblaſſer, ſein Vermögen zu 12000 anſchlagend, während es nur 8000 beträgt, hatte per divisionem dem A 6000, dem B ebenfalls 6000 zugewieſen; hier bekommt A 4000, B 4000. 2) entſprechen dagegen die aus den Summen erſichtlichen Verhältniſſe den aliunde vorausgeſetzten Erbquoten nicht, dann bewirkt nun die von dem Erblaſſer bezweckte Verhältnißmäßigkeit ein Univerſal-Fideikommiß zu Gunſten deſſen, welchem mehr als der Werth ſeiner Erbquote zugewieſen iſt, z. B. A und B ſind Teſtaments- oder Inteſtaterben, jeder auf $^1/_2$; der Erblaſſer, ſein Vermögen zu 12000 anſchlagend, während es nur 8000 beträgt, hatte per divisionem dem A 3000, dem B 9000 zugewieſen; hier hat A die Hälfte ſeiner Erbportion an B als fideicommissum hereditatis zu reſtituiren, ſodaß er nur 2000 jure heredis behält, B dagegen ſeine vollen 4000 als heres directus, und überdieß 2000 als heres fideicommissarius hat.

[54]) a. a. O. S. 161, Nummer B, 1, a.

[55]) a. a. O. S. 423.

rein nach den allgemeinen Grundsätzen über Gültigkeit und Ungültigkeit solcher Vermächtnisse, durch deren Zuwendung die Grenzen der Honorirung überschritten sind.

Hiernach soll denn allerdings dasjenige Prälegat, welches den aktiven Vermögensbestand überschwert, soweit es denselben überschwert, wegfallen, dagegen sollen diejenigen Prälegate, bei welchen dieß nicht der Fall ist, im Allgemeinen bestehen bleiben, und nur erforderlichen Falles von dem Eingesetzten, dessen res certa als überschwerend verloren geht, ex lege Falcidia bis zum Belaufe eines freien Viertels seiner deducta re geschaffenen pars hereditaria verkürzt werden können, wobei denn noch, soferne diesem Eingesetzten nach Beseitigung der Ueberschwerung des Nachlasses wenigstens ein Theil seiner res certa erhalten bleibt, die Grundsätze der sog. compensatio legatorum mutuorum zur Anwendung gebracht werden sollen.

Diesen Gesichtspunkten gemäß soll entschieden werden sowohl dann, wenn allzugroße Summen ausgesetzt sind, ohne daß des Testators Absicht erhellt, durch Angabe dieser Summen lediglich das Verhältniß der Erbquoten zu einander bestimmen zu wollen [56]),

[56]) Für die Gestaltung des Verhältnisses in einem solchen Falle gibt v. Vangerow folgendes Beispiel an: Gesetzt der Testator hält sein Vermögen, Alles zu baarem Gelde angeschlagen, 10,000 groß, und setzt nun (ohne damit das Verhältniß der Erbquoten ausdrücken zu wollen) den A auf 9000, den B auf 1000 ein, es findet sich aber, daß das Vermögen nur 6000 ausmacht. Als Erbe gilt hier jeder auf die Hälfte, also auf 3000; der A muß nun aber an den B die Hälfte des diesem ausgesetzten Vermächtnisses, also 500, auszahlen, B aber müßte an den A 4500 prästiren, da er aber nicht mehr zu geben hat, als er selbst bekommt, und sich überdieß von seiner Portion noch die Quart abziehen darf, so behält er von seiner Erbportion die Quart (= 750) zurück, und gibt also nur 2250 an den A. Ja, er darf nicht einmal die vollen 750 abziehen, weil ihm der A ebenfalls ein Legat auszahlen muß, welches, soweit es reicht, mit der Quart compensirt werden muß, weßhalb er also hier nur 250 abziehen darf, und 2750 an den A auszahlen muß. Hiernach hat nun also A von seiner Erbportion übrig 2500, und dazu bekommt er von B 2750, also im Ganzen 5250; B aber hat von seiner Erbportion übrig 250, und dazu erhält er von A 500, also im Ganzen 750.

als auch dann, wenn die Einſetzungen auf anderweite Vermögensobjekte gerichtet ſind. In letzterer Rückſicht gibt v. Bangerow folgende Fälle und Entſcheidungen an: hätte, ſagt er, z. B. der Teſtator, deſſen ganzer Nachlaß in einem Hauſe beſteht, den Titius zum Erben auf ſein Haus, den Gajus zum Erben auf ſeinen Garten eingeſetzt, ſo müßte der Letztere $^1/_4$ (vermöge der lex Falcidia), der Erſtere $^3/_4$ des Hauſes erhalten; hätte aber in einem ſolchen Falle die Dispoſition alſo gelautet: Titius ſoll Erbe auf das eine, Gajus Erbe auf das andere meiner Häuſer ſein, ſo gelte natürlich wegen totaler Unbeſtimmtheit keines dieſer Legate, und Titius und Gajus erhielten einen gleichen Antheil an dem, die Erbmaſſe bildenden Hauſe.

Es läßt ſich nun nicht in Abrede ſtellen, daß aus dem Standpunkte der juriſtiſchen Conſtruktion unſrer institutio ex re certa dieſe Entſcheidungen die richtigen ſind, ſie haben in dieſer Rückſicht die civiliſtiſche Conſequenz für ſich; allein ebenſowenig läßt ſich andrerſeits verkennen, daß die hierdurch entſtehenden Reſultate ſchon auf den erſten Blick den Eindruck der Unbilligkeit hervorrufen. Unbillig nämlich erſcheint es, daß, während derjenige, deſſen res certa die Erbſchaft überſchwert, nun dieſelbe nicht erhalten kann, dennoch die anderen Erben ungehindert den Anſpruch auf die ihnen zugewieſenen res certae, höchſtens durch die Falcidia geſchmälert, behalten ſollen.

Bringen wir uns den Grund dieſer Unbilligkeit genauer zum juriſtiſchen Bewußtſein, ſo zeigt ſich derſelbe alsbald darin, daß jene Entſcheidungen dem in Anordnung einer institutio ex re certa erſichtlichen Willen des Erblaſſers offenbar nicht entſprechen. Dieſer Wille geht, ganz ähnlich wie bei Anordnung einer divisio bonorum, dahin: der Erblaſſer weiſt dem Einen das nur gerade darum zu, weil er dem Andern jenes zutheilt; es ſoll alſo Jeder das Seinige nur inſofern bekommen, als auch der Andere das Seinige erhält, m. a. W. die Zuwendungen der res certae ſtehen zu einander in einem ſich gegenſeitig be-

dingenden Verhältniſſe; wer demnach ſeinerſeits nichts erhält, braucht auch nichts abzugeben.

In der That finden wir nun auch in den Quellen, obwohl zunächſt nur für die divisio bonorum, eine gerade den Fall der Ueberſchwerung der Erbſchaft durch eine res certa betreffende, lediglich aus der ſoeben angegebenen conjectura voluntatis erklärliche, dagegen mit den v. Vangerow'ſchen Geſichtspunkten unvereinbare Entſcheidung Papinian's in dem zweiten Theile des fr. 77 §. 8 D. de leg. II, ſodaß wir hinſichtlich unſerer Frage nicht einmal gänzlich von den Geſetzen verlaſſen ſind. Es iſt hier der Ort, bezüglich des Inhalts und der Erklärung dieſer Stelle, bezüglich ihrer Tragweite und insbeſondere ihrer vollen Anwendbarkeit auch bei unſerer institutio ex re certa, auf alles dasjenige zu verweiſen, was deßfalls oben (S. 258 ff.) hinreichend ausgeführt worden iſt.

Dieſes uns nochmals vergegenwärtigend, müſſen wir denn behaupten, daß das ſich gegenſeitig bedingende Verhältniß, in welchem die Zuwendungen der res certae zu einander ex voluntate testatoris ſtehen, verbietet, für Entſcheidung der vorliegenden Frage die bloße Conſequenz der juriſtiſchen Conſtruktion der institutio ex re certa, und ſomit die allgemeinen Vermächtnißgrundſätze in ihrer Reinheit zur Anwendung zu bringen, dieſelben müſſen vielmehr folgende Modifikation erhalten: allerdings hat der Eingeſetzte dann keinen rechtlichen Anſpruch auf die ihm hinterlaſſene res certa oder deren Werth, wenn dieſelbe den Nachlaß überſchwert und zugleich kein für ihre aestimatio hinreichender unvertheilter Vermögensreſt vorliegt, dafür aber iſt nun auch er ſelbſt nicht verpflichtet, den Miterben die in ſeiner pars hereditaria liegenden Theile der ihnen zugewendeten res certae abzutreten, er behält vielmehr das in ſeiner detracta re geſchaffenen pars hereditaria Enthaltene, es müßte denn ſein, daß die Miterben freiwillig ihm ſoviel leiſten wollen, als er judicio defuncti bekommen ſollte, was er ſich dann, im Intereſſe möglichſter Auf-

rechthaltung der Anordnung des Erblaſſers, gefallen laſſen muß. Allein ſelbſt dieſer letztere, in den Willen der Miterben geſtellte, Ausweg wird dann unmöglich, wenn das dem Eingeſetzten zugewendete Objekt von dem Erblaſſer ſo vag angegeben war, daß ſein Werth nicht zu ermitteln iſt.

Dieſe Entſcheidung muß gelten ſowohl dann, wenn der Erblaſſer Summen zugewieſen hat, ohne die Abſicht, damit nur das gegenſeitige Verhältniß der Erbquoten ausdrücken zu wollen, als auch dann, wenn auf anderweite Vermögensobjekte eingeſetzt iſt. Sie muß ferner gelten ſowohl dann, wenn gar kein unvertheilter Vermögensreſt vorliegt, als auch dann, wenn der etwa vorhandene zur aestimatio des überſchwerenden Objektes nicht hinreicht, denn auch in dem letzteren Falle macht ſich der Geſichtspunkt geltend, daß der Erbe nur dann zu den res certae der Miterben beizutragen hat, wenn er wirklich ſoviel bekommt, als er judicio defuncti bekommen ſollte; wollen übrigens hier die Miterben die aestimatio leiſten, ſo muß der Erbe, welchem ſie geleiſtet wird, zu derſelben natürlich ſoviel ſelbſt beitragen, als ſeine rata hereditaria an dem unvertheilten Vermögensreſte beträgt.

Dagegen verſteht es ſich andererſeits, daß unſere Entſcheidung nur gilt im Verhältniſſe desjenigen Erben, welcher ſeine überſchwerende res certa verliert, zu den Miterben, welche von ihm etwas erhalten ſollen, während das Verhältniß dieſer Miterben unter ſich ſelbſt vollkommen unverändert bleibt. Hätte alſo z. B. der Erblaſſer, deſſen ganzer Nachlaß in dem fundus Cornelianus und dem fundus Libianus beſteht, verfügt: A ſei mein Erbe auf den fundus Cornelianus, B auf den fundus Libianus, C auf mein Haus, ſo braucht nur C aus ſeiner pars hereditaria weder dem A $\frac{1}{3}$ des fundus Cornelianus, noch dem B $\frac{1}{3}$ des fundus Libianus abzutreten, dagegen hat unverändert B das in ſeiner pars hereditaria liegende $\frac{1}{3}$ des fundus Cornelianus an A, ſowie dieſer das in ſeinem Erbtheile liegende $\frac{1}{3}$ des fundus Libianus an B zu präſtiren.

§. 15.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Die vorhergehenden Erörterungen haben uns (§. 13) gezeigt, daß dem heres ex re certa institutus das ihm zugewendete Objekt zwar allerdings durch das Vorhandensein von Erbschaftsschulden sowie durch Pflichttheilsverletzung eines der Miterben, dagegen seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 nicht mehr durch Anwendung der lex Falcidia verkürzt werden kann; sie haben uns weiter (§. 14) gezeigt, daß selbst da, wo eine res certa gar nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse vorhanden ist, der auf dieselbe Instituirte dennoch nicht leer ausgeht, indem hier, soferne die Erbschaft nicht zugleich durch einen dieser Umstände überschwert, sondern noch ein hinreichender unvertheilter Rest des Nachlasses vorräthig ist, dem Erben ein direkter Anspruch auf Leistung der aestimatio oder des etwa vorhandenen Surrogates der ihm zugewendeten res zusteht, und zwar dieß sowohl dann, wenn nach allgemeinen Vermächtnißgrundsätzen eben dasselbe stattfinden, als auch dann, wenn nach letzterer Rücksicht ein Vermächtnißnehmer leer ausgehen würde; indem ferner, wenn jene Umstände zugleich eine Ueberschwerung der Erbschaft enthalten, der Erbe zwar keinen Ersatz der res certa fordern kann, allein dafür auch den Miterben nichts zu ihren res certae beizutragen braucht, vielmehr das in seiner pars hereditaria Enthaltene behalten darf, soferne nicht die Miterben bereit sind, ihm soviel zu ersetzen, als er erkennbarer Weise judicis testatoris erhalten sollte.

C. Andere Grundsätze müssen aber gelten, wenn ein Instituirter durch *eigene Schuld* den Anspruch auf die ihm zugewendete res certa verliert, oder wenn ihm dieselbe durch spätere *Willensänderung des Testators* entzogen ist.

1) Was vorerst die *eigene Schuld* des Erben betrifft, so kann es sein:

a) er *verzichtet* auf die ihm zugewendete res certa. Während er die ihm deferirte *Erbschaft* nur vor deren Erwerb

ausſchlagen kann, mit welcher Ausſchlagung er dann freilich auch den Anſpruch auf das von ſeinem Erbtheil unzertrennliche Prälegat der res certa verliert (ſ. oben S. 204), iſt ein Verzicht auf dieſe res certa allein, wie bei allen Vermächtniſſen [1]), nur dann bindend, wenn er nach dem Anfall derſelben, hier alſo nach dem Erbſchaftserwerbe [2]), geſchieht. Die Wirkung iſt, daß der Erbe nun diejenigen Theile ſeiner res certa verliert, welche er von den Miterben jure legati zu erhalten hätte, dagegen behält er ſeinen Erbantheil an dem etwa unvertheilten Reſte des Nachlaſſes, und ebenſo denjenigen Theil ſeiner res certa, welchen er jure heredis hat [3]). Von ſelbſt aber verſteht es ſich, daß er fortwährend aus ſeiner pars hereditaria zu den res certae der Miterben beitragen muß; er kann ſich dieſer Verbindlichkeit nicht durch Verzicht auf die ihm zugedachte Sache entziehen.

b) Durch eigene Schuld wird der Erbe den Anſpruch auf die res certa ferner beſonders dann verlieren, wenn ſich in ſeiner Perſon einer derjenigen Indignitätsgründe ereignet, welche den Vermächtniſſen eigenthümlich ſind. Bereits oben (S. 205 Note 14 und 15) haben wir geſehen, daß er auch im Falle eines den Erbſchaften eigenthümlichen, ſowie eines für Erbſchaften und Vermächtniſſe gemeinſchaftlichen Indignitätsgrundes die res certa nicht erhält, und zwar dieß darum, weil der heres ex re certa inſtitutus einen Anſpruch auf dieſelbe überhaupt nur

---

[1]) fr. 45 §. 1 D. de leg. II.

[2]) Es iſt freilich möglich, daß er mit der vor dem Erbſchaftserwerbe abgegebenen Erklärung: er verzichte auf ſeine res certa, er ſchlage dieſelbe aus, geradezu ſeinen Erbtheil, alſo die ihm deferirte Erbſchaft gemeint hat (gerade wie der Erblaſſer ihm die res certa als Erbtheil zur wendet), dann iſt aber auch ſeine Erklärung wirklich als Ausſchlagung der Erbſchaft aufzufaſſen.

[3]) Es ſei denn, daß er (wie in fr. 11 D. de her. inst.) mit Andern zuſammen auf die res certa inſtituirt war, wo dann dieſe als Collegatare nun die ganze res certa erhalten. — Ueber den Verzicht auf Prälegate überhaupt ſ. v. Buchholtz a. a. O. S. 542 ff.

dann hat, wenn er wirklich Erbe wird und praktiſch Erbe bleibt. Bei Eintritt eines der hier gemeinten, den Vermächtniſſen eigenthümlichen, Indignitätsgründe dagegen muß er dieſen Anſpruch darum verlieren, weil die Sache, obwohl ſie der Intention des Erblaſſers zufolge ſein Erbtheil ſein ſoll, doch juriſtiſch in der That als ein Vermächtniß erſcheint und als ſolches behandelt wird [4]).

Indeſſen iſt die Wirkung der hier gemeinten Indignitätsfälle verſchieden von derjenigen, welche wir für jene beiden anderen Klaſſen von Indignitätsfällen früher kennen gelernt haben. Während nämlich bei den Letzteren die res certa vollſtändig und mit dem Erbtheile dem indignus verloren geht, behält er bei den Erſteren denjenigen Theil derſelben, welchen er jure heredis inne hat, ſowie ſeinen Erbantheil an dem etwa unvertheilt gebliebenen Reſte des Nachlaſſes [5]), er verliert lediglich diejenigen Theile ſeiner res certa, welche er von den Miterben zu erhalten hätte, und zwar zum Vortheile der damit Gravirten, ob Aller oder nur Einzelner, hängt von dem ſpeciellen Indignitätsgrunde ab. Hat er nämlich Erbſchaftsſachen entwendet, ſo daß er bis zu deren Betrag den Anſpruch auf das Prälegat einbüßt, ſo behalten ſämmtliche Miterben verhältnißmäßig zurück [6]); ebenſo wenn er das Teſtament verheimlicht [7]), oder nach der Teſtamentserrichtung den Ruf des Erblaſſers beſchimpft hat, ohne daß zugleich erhellt, daß aus letzterem Grunde der Erblaſſer die res certa widerrufen hat [8]), während er, wenn er die Einſetzung eines der Miterben

---

[4]) Bei der in einem Codicille angeordneten divisio bonorum wird ein den Vermächtniſſen eigenthümlicher Indignitätsgrund (wenn einer der Erben das Codicill mit Unrecht als verfälſcht anficht) ausdrücklich angewendet in fr. 15 D. de his quae ut ind. (34, 9).

[5]) arg. fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[6]) arg. fr. 48 D. ad Sct. Treb. (36, 1) c. 5 C. de leg. (6, 37).

[7]) arg. c. 25 C. de leg. (6, 37).

[8]) arg. fr. 1, fr. 9 §. 1 D. de his, quae ut ind. (34, 9). fr. 31 §. 2 D. de adim. leg. (34, 4).

mit Unrecht als verfälscht anficht, nur denjenigen Theil ſeiner res certa verliert, welchen er gerade von dieſem Erben erhalten hätte [9]).

2) Eine ſpätere Willensänderung des Teſtators kann nicht blos, wie natürlich, darin beſtehen, daß derſelbe in rechtsgültiger Weiſe das ganze Teſtament widerruft oder ein neues Teſtament errichtet, wo dann die gewöhnlichen Grundſätze gelten, ſondern auch darin, daß er, das Teſtament im Ganzen beſtehen laſſend, nur einem oder dem anderen der Inſtituirten die ihm zugedachte res certa entzieht. Ob dieß gültig geſchehen darf, und welche Wirkungen es hat, dieß wird ſich theils nach der näheren Abſicht, welche der Teſtator damit verbunden, theils nach der Art und Weiſe, in welcher er ſeine Abſicht ausgedrückt hat, entſcheiden.

Es kann nämlich ſein, der Erblaſſer wollte, einer der Inſtituirten ſolle gar nicht Erbe werden. Dieß kann er nur in derſelben Art bewirken, in welcher überhaupt Widerruf einer einzelnen Erbeseinſetzung möglich iſt; alſo zwar nicht dadurch, daß er in einem ſpäteren Codicille dieſen Widerruf ausſpricht [10]), wohl aber dadurch, daß er in dem ſchriftlich errichteten Teſtamente die einzelne Erbeseinſetzung auslöſcht, durchſtreicht u. ſ. w., wo dann ganz die gewöhnlichen Folgen der inductio einer einzelnen Erbeseinſetzung [11]) eintreten, es werden dem Inſtituirten die Klagen denegirt, und zwar nicht bloß rückſichtlich deſſen, was er von den Miterben jure legali zu ſeiner res certa zu erhalten hätte, ſondern auch rückſichtlich deſſen, was ihm von dieſer res und dem etwaigen unvertheilten Vermögensreſte jure hereditario zugefallen iſt.

Wollte dagegen der Erblaſſer, der Inſtituirte ſolle zwar

---

[9]) arg. fr. 4 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[10]) arg. c. 2 D. de eod. (6, 36).

[11]) fr. 2 D. de his, quae in test. del. (28, 4).

Erbe werden, aber die ihm urſprünglich zugewendete res certa nicht bekommen, ſo wird ſich ſeine deßfalſige neue Anordnung im allgemeinen nach den Grundſätzen über Ademtion der Vermächtniſſe richten. Im Genaueren aber ſind hier mehrere Fälle von einander zu unterſcheiden.

Zunächſt nämlich iſt es möglich, einem der Erben iſt in einem ſpäteren Codicille zwar die bisherige res certa entzogen, aber eine andere dafür zugewendet. Hier treten die Geſichtspunkte einer translatio legati [12]) ein; neben dem Anſpruch auf dieſe ihm neuerdings zugewendete res certa wird der Erbe dasjenige behalten, was ihm außerdem jure hereditario zufällt, nicht blos von dem etwa unvertheilten Vermögensreſte, ſondern auch ſeinen Erbtheil an der ihm früher zugedachten res, ſoferne dieſe nicht etwa nun einem anderen Erben zugewieſen worden iſt; denn es geht ganz gut, daß der Erblaſſer in einem ſpäteren Codicille das materielle Bekommen für ſämmtliche Erben anders beſtimmt [13]).

Es iſt aber auch möglich, daß der Erblaſſer einem Inſtituirten, welcher Erbe bleiben ſoll, die ihm anfangs zugewieſene res certa entzieht, ohne ihm dafür eine andere zuzuwenden. Hier iſt dann wieder ein doppelter Geſichtspunkt denkbar.

Es kann ſein, des Erblaſſers Abſicht geht dahin, dem Erben nicht ſowohl dieſe Sache zu entziehen, als vielmehr ihn von der bisherigen Beſchränkung auf dieſelbe frei zu machen. Hier würde ein ganz neues juriſtiſches Verhältniß entſtehen; nun hätte der Erblaſſer ſelbſt (was er in einem ſpäteren Codicille, ſowie durch nachträglich in dem Teſtamente vorgenommene inductio rei ganz wohl thun kann) dieſer einzelnen Einſetzung die rei

---

[12]) fr. 6 pr. D. de adim. (34, 4): translatio legati fit quatuor modis — aut quum res pro re datur —.

[13]) Gerade wie der Erblaſſer in einem Codicille eine divisio bonorum anordnen kann fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

mentio detrahirt, der Erbe würde ſchon ex voluntate testatoris gerufen ſein als heres sine parte scriptus, während die übrigen Erben nach wie vor heredes ex re certa scripti bleiben [14]), kurz es würde hiernach der Fall einer Conkurrenz von gehörig Eingeſetzten und ex re certa Inſtituirten herbeigeführt, einer der Fälle alſo, deren rechtliche Behandlung wir in dem folgenden Abſchnitte unſerer Abhandlung zu erörtern haben. Ganz abgeſehen nun von der Art und Weiſe der juriſtiſchen Conſtruktion dieſer Fälle, dürfen wir doch einſtweilen das als feſtſtehend annehmen, daß hier die ex re certa Inſtituirten lediglich auf ihre res certae beſchränkt ſind, alles übrige Vermögen dagegen dem gehörig Eingeſetzten zufällt. Dieß müßte denn auch in dem ſoeben unterſtellten Falle eintreten, und ſonach würde das Reſultat entſtehen, daß dieſer heres nun meiſt in eine günſtigere Lage verſetzt wird, indem alles Unvertheilte ihm allein zufällt, darunter auch ſeine frühere res certa, eben weil der Erblaſſer hier ihm dieſelbe nicht ſowohl entziehen, als vielmehr ihn von der bisherigen Beſchränkung auf dieſelbe frei machen wollte.

Des Erblaſſers Abſicht kann aber auch dahin gehen, daß im Allgemeinen Alles beim Alten bleiben, und nur überdieß einem der Erben ſeine res certa entzogen ſein ſolle. Hier würde derſelbe nur noch Anſpruch auf dasjenige behalten, was ihm an dem unvertheilten Reſte des Nachlaſſes (wozu jetzt auch die ihm früher zugedachte res certa, falls ſie noch vorhanden iſt, gehört) jure hereditario zufällt, während er aus ſeiner pars hereditaria nichtsdeſtoweniger den Miterben zu ihren res certae beitragen müßte, indem hier der in fr. 77 §. 8 D. de leg. II enthaltene Geſichtspunkt, eben wegen veränderter voluntas testatoris, nicht Platz greift.

---

[14]) Es leidet aber auch keinen Anſtand, daß der Erblaſſer ſämmtlichen Eingeſetzten die rerum mentio detrahiren kann, wo ſie dann alle ſchon ex voluntate testatoris als heredes sine parte scripti gerufen ſind.

Liegt nun wirklich bezüglich eines der Inſtituirten die Erklärung des Erblaſſers vor, demſelben ſolle die ihm früher zugewendete Sache entzogen ſein, ſo wird im Zweifel die letztgenannte Abſicht angenommen werden müſſen, eben weil in dem Entziehen eines Objektes im Zweifel gewiß eine Zurückſetzung zu erblicken iſt, nicht aber eine Begünſtigung, welche doch im Falle jener erſteren Willensänderung (wonach der Erbe nur von der bisherigen Beſchränkung auf die Sache befreit ſein ſoll) eintreten würde; letzteres alſo müßte noch einen beſonderen poſitiven Anhaltspunkt des deßfallſigen Willens fordern. Jene eigentliche Entziehung der Sache dagegen wird nicht nur als eine ausdrückliche ademtio in einem nachträglichen Codicille geſchehen können, ſondern auch durch ſpätere inductio rei in dem ſchriftlichen Teſtamente, und ebenſo wird ſie, wie jede ademtio legali, unter gewiſſen Umſtänden auch als eine ſtillſchweigends geſchehene angenommen werden dürfen, was namentlich dann der Fall ſein wird, wenn der Erblaſſer animo adimendi, insbeſondere durch Verſchenkung, die Sache veräußert hat [15]), oder wenn zwiſchen ihm und dem Inſtituirten ein feindſeliges Verhältniß entſtanden iſt [16]).

D. Zuletzt iſt noch das Verhältniß zu beſprechen, welches eintritt, wenn der Teſtator neben Anordnung der institutiones ex re certa zugleich ſimple Vermächtniſſe an Nichterben ausgeſetzt hat, ein Fall, welchen Ulpian in dem mehrerwähnten fr. 35 D. de her. inst. bei den anderweiten dort erörterten Punkten, freilich nur beiläufig und kurz, mit behandelt. — Hier gelten denn:

1) zunächſt bezüglich der Frage, wer als gravirt mit Prä-

---

[15]) arg. §. 12 J. de leg. (2, 20). fr. 11 §. 12 D. de leg. III. fr. 18, fr. 24 §. 1 D. de adim. (34, 4). Ueber Veräußerung eines prälegirten Objektes durch den Erblaſſer ſ. v. Buchholtz a. a. O. S. 607, Note 293 ff.

[16]) arg. fr. 22 D. de adim. (34, 4).

station dieſer Legate zu betrachten iſt, ganz die allgemeinen Grundſätze. Es haften ſämmtliche Erben, wenn der Erblaſſer entweder ausdrücklich ſie alle gravirt, oder die Legate ſchlechthin ohne Bezeichnung der Gravirten ausgeſetzt hat, während wenn er die Vermächtniſſe ausdrücklich nur Einem oder nur Einigen auferlegt hat, lediglich dieſe von ihm bezeichneten Erben haften. Dabei iſt nur folgendes hervorzuheben: der Teſtator braucht die Gravirten nicht ausdrücklich mit Namen zu nennen, ſondern hier wie überall genügt eine kenntliche demonstratio derſelben; wie nun, wenn er, nachdem er den Titius auf das Vermögen in Italien, den Sempronius auf das Vermögen in der Provinz eingeſetzt hat, beſtimmt: der Erbe auf das italiſche Vermögen ſoll an den Gajus 100 zahlen? Der rein juriſtiſchen Conſtruktion unſerer institutiones ex re certa zufolge müßte hier Titius und Sempronius das Vermächtniß zahlen, denn Erbe iſt jeder der beiden auf das italiſche Vermögen, d. h. jeder participirt an demſelben jure hereditario geradeſogut wie an dem Vermögen in der Provinz. Ein anderes Reſultat wird aber entſtehen, wenn man die voluntas testatoris im Auge behält; der Erblaſſer meinte mit jener Beſtimmung offenbar nur den Titius, er hat ja dieſen zum Erben auf das italiſche Vermögen eingeſetzt. So muß es denn auch in der That aufgefaßt werden, denn graviren kann der Erblaſſer wen er will, ſeine voluntas alſo muß hier entſcheiden; Titius allein hat demnach in dem vorliegenden Falle das Vermächtniß zu entrichten.

Damit ſteht denn auch folgende Entſcheidung nicht im Widerſpruche:

fr. 4 §. 1 D. de leg. I (Ulpianus lib. 5 ad Sabinum): Si quis heredes instituerit et ita legaverit: quisquis mihi Gallicanarum rerum heres erit, damnas esto dare, ab omnibus videri legatum, quoniam ad omnes eos res Gallicanae pertinent.

Nur auf den erſten Blick ſcheint dieſelbe jener erſten obigen

Auffaſſung günſtig zu ſein, bei näherer Betrachtung aber zeigt ſich ſogleich, daß Ulpian hier keine heredes ex re certa instituti, ſondern gehörig eingeſetzte Miterben vor Augen hat, indem er nur ſagt: si quis heredes instituerit; in ſolchem Falle haben allerdings ſämmtliche Erben nicht blos rückſichtlich des Gerufenſeins, ſondern auch rückſichtlich des Bekommens Antheil an den res Gallicanae; daß Einer der Erben dieſelben allein bekommt, kann wohl Folge demnächſtiger Erbtheilung nach des Erblaſſers Tode ſein, dieß ändert aber nichts an der Erbenqualität und an der urſprünglichen Belaſtung mit dem fraglichen Vermächtniſſe.

Die Stelle gehört alſo gar nicht hierher zu unſerer institutio ex re certa. Sollte bei dieſer der Teſtator, indem er Vermächtniſſe ausſetzte, ſich wirklich einmal ſo, wie die Stelle angibt, ausgedrückt haben, ſo müßten wir immer gerade nur den auf das Gallikaniſche Vermögen Eingeſetzten als den alleinigen Gravirten betrachten, der Erblaſſer wird hier freilich von quisquis mihi Gall. rer. heres erit nur dann ſprechen, wenn er außer dem Inſtituirten auch noch an andere Perſonen denkt, welche eventuell an die Stelle des urſprünglichen Eingeſetzten treten könnten, beſonders alſo, wenn er dem Letzteren einen Subſtituten ernannt hat.

Daß übrigens überhaupt an die Stelle des urſprünglich Gravirten, wenn dieſer wegfällt, auch hier ganz dieſelben Perſonen als belaſtet treten, wie dieß nach gewöhnlichen Grundſätzen der Fall iſt, verſteht ſich von ſelbſt.

2) Eine weitere Frage iſt: was durch die ausgeſetzten Vermächtniſſe als gravirt zu betrachten iſt? m. a. W., es fragt ſich: ſind die Legate von den Erben zu präſtiren aus dem Werthe der ihnen durch den Erblaſſer zugewendeten res certae, oder aber aus dem Werthe ihrer durch juriſtiſche Conſtruktion geſchaffenen partes hereditariae? Auch hierüber muß vor Allem die Abſicht des Teſtators entſcheiden, wobei aber die erſtere

Art der Belaſtung, als den allgemeinen Grundſätzen entgegen, nur dann anzunehmen ſein wird, wenn eine deßfallſige voluntas testatoris beſonders erhellt, z. B. der Erblaſſer hat nur einen der Erben gravirt und zwar mit einem Objekte, welches in der gerade dieſem Erben zugewendeten res certa enthalten iſt (A ſoll Erbe ſein auf mein Haus, B Erbe auf meine zwei Grundſtücke, eines davon, oder den Uſusfrukt davon, ſoll er dem C geben), oder er hat ausdrücklich beſtimmt, daß die Gravirten nach Maaßgabe des Werthes ihrer res certae zu den Vermächtniſſen beitragen ſollen. In dieſen Fällen ſind dann die Legate als Aftervermächtniſſe zu betrachten. — Liegt dagegen eine ſolche voluntas nicht kenntlich vor, ſo müſſen die allgemeinen Grundſätze [17]) gelten, wonach die portio hereditaria des Erben als gravirt anzuſehen iſt. Dieſe letztere Art der Belaſtung ſetzt nun auch offenbar Ulpian voraus in fr. 35 D. de her. inst., indem er in §. 1 dieſer Stelle von der Einſetzung auf den fundus Cornelianus und den fundus Libianus ſagt: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones, und darauf in §. 2 bei der Einſetzung auf die res italicae und res provinciales bemerkt: proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit. Daß hier die Legate nicht als Aftervermächtniſſe von den res certae zu entrichten ſind, erhellt nämlich theils daraus, daß ſie als der lex Falcidia unterworfen vorausgeſetzt werden, welche bei Aftervermächtniſſen nicht zur Anwendung kommt [18]), theils daraus, daß eine verhältnißmäßige Kürzung rückſichtlich beider, ſowohl der ſimplen Vermächtniſſe als auch des an den Miterben zu

---

[17]) fr. 33 pr. D. de leg. II.

[18]) fr. 47 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2).

leiſtenden Prälegats der dieſem zugewendeten res certa in Folge der Falcidia eintreten ſoll, was wieder vorausſetzt, daß beide Arten von Vermächtniſſen aus ein und derſelben Portion zu präſtiren ſind. Indeſſen iſt nicht zu überſehen, daß Ulpian von legata ſpricht; meinte er nämlich damit Legate im eigentlichen Sinne (im Gegenſatze der Fideikommiſſe), ſo mußte er allerdings ganz ohne Rückſicht auf die etwaige voluntas testatoris den Geſichtspunkt zu Grunde legen, daß nicht die res certae, ſondern die partes hereditariae der Erben hier als belaſtet anzuſehen ſeien, denn in dem Rechte ſeiner Zeit konnten eigentliche legata nur dem direkten Teſtamentserben [19]), dieſem alſo auch nur als ſolchem, nicht aber in ſeiner Eigenſchaft als Prälegatar [20]) auferlegt werden; allein es bleibt immerhin ebenſogut möglich, daß Ulpian mit dem Ausdrucke legata die Vermächtniſſe im Allgemeinen (ſ. oben S. 151, Note 9) gemeint hat; mag nun das eine oder das andere der Fall geweſen ſein, jedenfalls ſind wir, auch unabhängig von der angeführten Stelle, vollſtändig zu der Annahme berechtigt, daß im Zweifel der allgemeine Grundſatz, alſo Belaſtung der portio hereditaria, zur Anwendung kommen muß.

In den Fällen nun, in welchen in concreto wirklich die portio hereditaria des Erben als belaſtet anzuſehen iſt, entſteht noch, ſoferne der Teſtator nicht blos einem, ſondern mehreren oder allen Erben die Vermächtniſſe auferlegt hat, die weitere Frage, nach welchem Verhältniſſe dieſe Erben als gravirt betrachtet werden müſſen? Es hat nämlich zwar keinen Anſtand, daß ſie pro rata hereditaria dann haften, wenn

---

[19]) Ulp. fr. XXIV, §. 20.

[20]) In allen Stellen, welche Aftervermächtniſſe, und insbeſondere einem Prälegatar auferlegte Vermächtniſſe erwähnen, ſind dieſelben immer fideicommissa, nie legata. fr. 92 §. 1 D. de leg. I. fr. 17 pr. fr. 60 D. de leg. II. fr. 37 §. 1, fr. 38 §. 6 D. de leg. III. fr. 31 §. 1 D. de adim. (34, 4).

der Teſtator alle gravirt, aber ſie nicht namentlich genannt hat [21]); dagegen in dem Falle, wenn er nur einzelne gravirt, oder alle namentlich genannt hat, wirft ſich auch für unſere institutio ex re certa die bekannte Streitfrage auf, ob die Inſtituirten nach Virilportionen oder nach ihren Erbportionen (partes hereditariae) haften. Im Allgemeinen freilich wird dieſe Frage bei unſerer institutio ex re certa ohne Intereſſe ſein, indem die Eingeſetzten in der Regel als Erben aequis ex partibus gelten, und daher die Größen von Virilportionen und Erbportionen in Eins zuſammenfallen; indeſſen werden dieſe Größen doch da auseinandergehen, wo entweder conjuncti unter den Erben ſind, oder die partes hereditariae ausnahmsweiſe nach dem Werthverhältniſſe der res certae conſtruirt werden, beſonders alſo wenn auf ungleiche Summen eingeſetzt iſt. Hier kommt es denn darauf an, wie man überhaupt über das Verhältniß von fr. 54 §. 3 D. de leg. I und fr. 124 D. eod. zu fr. 17 D. de duob. reis (45, 2) denkt; meiner Anſicht nach haften auch hier die Gravirten im Zweifel pro rata hereditariae [22]).

3) Steht nun im einzelnen Falle feſt, wer die Legate zu präſtiren hat, aus was, und (ſoferne mehrere Erben gravirt ſind) zu welchem Antheile man dieſelben zu präſtiren hat, ſo fragt es ſich endlich noch, ob der Gravirte das auf ihn fallende Vermächtniß, beziehungsweiſe den auf ihn fallenden Theil des Vermächtniſſes, ganz präſtiren muß? Im Allgemeinen iſt die Antwort: er braucht die ihn treffende Auflage nur ſoweit zu erfüllen, als dieſelbe die Grenzen der Honorirung nicht überſchreitet. Im Näheren wird es denn hierfür vor allem gerade darauf ankommen, ob in dem Fragefalle die Vermächtniſſe nach der Abſicht des Erblaſſers aus dem Werthe der res certa

---

[21]) arg. fr. 33 pr. D. de leg. II.

[22]) Es liegt außer unſerem Zwecke, dieſe Anſicht hier auszuführen, beſonders da mit derſelben nicht anderen Anſichten entgegengetreten werden ſoll.

des Gravirten, oder aber aus dem Werthe ſeiner pars hereditaria zu leiſten ſind.

a) In dem erſteren Falle ſind die Grundſätze der Aftervermächtniſſe zur Anwendung zu bringen. Das Vermächtniß gilt alſo einerſeits rechtsbeſtändig nur ſoweit, als es den Werth der res certa, woraus es zu präſtiren iſt, nicht überſteigt; mehr braucht der Gravirte ſelbſt dann nicht zu bezahlen, wenn er außer ſeiner res noch an etwa unvertheiltem Vermögen einen Erbantheil hat. Andererſeits dagegen kann der Erbe dem Vermächtniſſe nicht die Falcidiſche Quart abziehen, eben weil er daſſelbe hier nicht in ſeiner Eigenſchaft als Erbe, ſondern als Vermächtnißnehmer (Prälegatar) der res certa zahlt, Vermächtnißnehmern aber kein Recht des Quartabzuges zuſteht[23]). Indeſſen iſt dieß doch genauer dahin zu beſtimmen: nur diejenigen Theile ſeiner res certa, welche er von den Miterben (alſo jure legati) erhält, muß er nöthigenfalls vollſtändig verwenden zur Deckung der Vermächtniſſe, dagegen den in ſeiner pars hereditaria liegenden, ihm alſo jure heredis zukommenden, Theil ſeiner res certa braucht er, eben weil er rückſichtlich dieſes Theils nicht als Vermächtnißnehmer, ſondern als Erbe gilt und gravirt iſt, nur ſoweit abzutreten, als er daneben quartam partem portionis hereditariae frei behält, wobei dann die Quart ganz ſo zu berechnen und abzuziehen iſt, wie dieß in dem folgenden Falle (b) anzugeben iſt, deſſen Grundſätze überhaupt auch hier (a) rückſichtlich desjenigen Theiles der belaſteten res certa zur Anwendung kommen, welchen der Erbe jure heredis inne hat. — Von ſelbſt verſteht ſich aber, daß, wenn auch nicht jure Falcidiae, doch bis zur Ergänzung des dem Erben etwa zuſtehenden Pflichttheils das ganze Aftervermächtniß, indem es ſoweit als gravamen gilt, eine Verkürzung erleidet.

b) Liegt dagegen ein Fall vor, in welchem die Legate aus

---

[23]) S. oben S. 299, Note 18.

dem Werthe der pars hereditaria des Gravirten zu leiſten ſind, ein Fall alſo, wie ihn Ulpian in fr. 35 §. 1 und 2 D. de her. inst. vorausſetzt, ſo gelten die gewöhnlichen Grundſätze über mögliche Kürzung der einem Erben als ſolchem auferlegten Legate, wobei man nur, wie auch Ulpian in der genannten Stelle thut, im Auge behalten muß, daß hier der Erbe außer den ſimplen Vermächtniſſen auch noch jure legati zu den res certae der Miterben beizutragen hat, und ſonach die hierdurch nöthig werdenden Rückſichten konkurriren.

Hiernach braucht der Erbe die Legate, ſowie die in ſeiner pars hereditaria liegenden Vermächtnißantheile der den Miterben zugewieſenen res certae vor Allem nur ſoweit zu bezahlen, als ſie den Werth ſeiner pars hereditaria nicht überſteigen, denn Niemand kann weiter gravirt werden, als er honorirt iſt, dasjenige, was mit Auflagen beſchwert iſt, iſt aber in unſerem Falle gerade die pars hereditaria des Erben; was er daneben jure legati von den Miterben zu ſeiner res certa bekommt, braucht er nicht zur weiteren Deckung der Vermächtniſſe zu verwenden. Liegt alſo eine Ueberſchwerung ſeiner pars hereditaria vor, ſo verkürzen ſich ſoweit verhältnißmäßig die Vermächtniſſe, nicht nur die ſimplen Legate, ſondern auch die Prälegatsantheile der Miterben, wie dieß auch Ulpian in den obigen Worten des fr. 35 D. de her. inst. (ſ. oben S. 299) vorausſetzt, indem er, freilich nur gelegentlich der Falcidia interveniens (um ſo mehr muß es aber für Ueberſchwerung des Geſammtwerths einer pars hereditaria gelten) ſagt, die Miterben ſollten nur ſoviel bekommen, als ſie erhalten haben würden, wenn ihnen der Teſtator ſelbſt die res certae als wirkliche Vermächtniſſe zugewendet hätte, und indem er weiter bemerkt, auch rückſichtlich ihrer res certae trete eine contributio ein. — Darum dürfen aber die Miterben, weil ihre res certae aus dieſem Grunde gekürzt werden, dem Erben doch nun nicht auch ihrerſeits dasjenige kürzen, was ſie ihm zu ſeiner res certa beizuſteuern haben, ſoferne nicht auch ſie als Gravirte in gleicher

Lage ſind; denn das, um was ſie hier verkürzt werden, geſchieht nicht zum Vortheile des Gravirten, der darum mehr behalten dürfte, ſondern lediglich im Intereſſe der Legatare, welche nicht allein gekürzt werden dürfen, es geſchieht alſo ex voluntate testatoris.

Iſt aber eine derartige Ueberſchwerung nicht vorhanden, oder iſt ſie durch die angegebene verhältnißmäßige Kürzung beſeitigt, ſo hat nun der Gravirte doch noch weiter das Recht des Quartabzuges. Dabei macht ſich aber zufolge deſſen, was oben (S. 241 ff.) über die Anwendbarkeit der Nov. 1. cap. 2 §. 2 auf unſere institutio ex re certa geſagt worden iſt, ein Unterſchied geltend zwiſchen Behandlung der ſimplen Legate einerſeits und Behandlung der dem Erben aufliegenden Prälegate der den Miterben zugewendeten res certae andererſeits.

Berechnet nämlich wird die Quart allerdings gleich verhältnißmäßig ſowohl von den ſimplen Vermächtniſſen, als auch von den Prälegaten an die Miterben, ganz nach gewöhnlichen Grundſätzen. Einrechnen in die Quart muß ſich der Gravirte, ebenfalls wieder in Uebereinſtimmung mit den allgemeinen deßfallſigen Grundſätzen, nur dasjenige, was er jure heredis erhält, alſo wohl den Erbantheil an ſeiner res certa, aber nicht auch diejenige Theile derſelben, welche er jure legati von den Miterben erhält, dieſe bleiben außerhalb der Berechnung den ſimplen Legatarien, wie den Miterben gegenüber, denn daß ſie letzteren gegenüber in Gemäßheit der Grundſätze über compensatio legatorum mutuorum von Wichtigkeit werden, dies geht nur die Möglichkeit des wirklichen Abzugs, nicht aber die bloße Berechnung der Quart an.

Iſt die Quart in angegebener Weiſe berechnet, ſo wurde ſie in dem Rechte vor Nov. 1 cap. 2 §. 2 dieſer Berechnung gemäß von beiden Arten der Vermächtniſſe auch wirklich abgezogen, wie dieß Ulpian in den mehrerwähnten Worten des fr. 35 §. 1 und 2 D. de her. inst. ausdrücklich angibt, und wobei dann den Miterben gegenüber die Grundſätze über compensatio

legatorum mutuorum in Betracht kommen [24]). Anders seit Nov. 1 cap. 2 §. 2; seitdem geschieht jene Gesammt-Berechnung der Quart nur noch darum, um festzustellen, wieviel der Gravirte den simplen Legatarien zu bezahlen hat, denn den wirklichen Abzug darf er jetzt nicht mehr den Miterben (s. oben S. 241), sondern nur noch den Legatarien machen, diesen aber fortwährend nur zu dem Betrage, welcher nach obiger Berechnung auf sie fällt, ohne daß er ihnen auch noch weiter dasjenige abziehen dürfte, was er den Miterben in Folge jener Novelle nicht abziehen darf.

Ein Beispiel mag die unter b erörterten Grundsätze erläutern: Gesetzt, der Testator instituirt den A auf eine res certa im Werth von 1400, den B auf eine res certa im Werth von 200, weiteres Vermögen hat er nicht, der Nachlaß beläuft sich also im Ganzen auf 1600. Der Erblasser setzt nun noch simple Vermächtnisse an Nichterben im Gesammtwerthe von 1400 aus, und zwar so, daß jeder der beiden Instituirten pro rata hereditaria dieselben zu prästiren hat. — Was hier zunächst den Erben B betrifft, so enthält seine pars hereditaria die Hälfte des Nachlasses, also 800; davon hat er dem Miterben A 700 als die Hälfte der res certa desselben zu zahlen, den Legatarien ebenfalls 700 als die Hälfte ihrer Vermächtnisse, zusammen also 1400. Diese übersteigen aber seine pars hereditaria von 800 um 600, diese 600 fallen daher verhältnißmäßig weg, jedem zu 300, sodaß B. nach Beseitigung dieser Ueberschwerung nur 400 an die Miterben und ebensoviel an die Legatarien zu zahlen hat, davon berechnet er sich aber nun noch die Quart; hiernach rechnet er sowohl dem Miterben 100 als auch den Legatarien 100 ab, wodurch er 200

---

[24]) fr. 78 pr., D. de her. inst. (28, 5). Obwohl diese Stelle selbst keine Concurrenz simpler Vermächtnißnehmer voraussetzt (s. darüber bereits oben S. 241, Note 23), findet sie doch, wie natürlich, auch im Falle solcher Concurrenz ihre Anwendung.

als Viertel seiner 800 bekommt; wirklich abziehen darf er aber nur den Legatarien, nicht auch dem Miterben den berechneten Betrag; sonach gibt er an die Miterben volle 400, an die Legatarien 300, er selbst behält 100, sodaß hierdurch zusammen die eine Hälfte der Erbschaft, 800, erschöpft ist. — Was sodann den Erben A betrifft, so beträgt sein Erbtheil ebenfalls 800, davon hat er dem B 100 als die Hälfte des Werths der res certa desselben jure legati zu zahlen, den Legatarien 700 als die Hälfte ihrer Vermächtnisse, zusammen also 800. Dieser Gesammtbetrag überschwert nicht den Werth seines Erbtheils, deßfalsige Reduction kommt also hier nicht vor; wohl aber berechnet auch der Erbe A sich die Quart; diese Berechnung gibt das Resultat, daß er dem Miterben B 25, den Legatarien 175 abziehen dürfte, zusammen 200 als Viertel seiner 800; wirklich abziehen darf er indessen nur den Legatarien die 175, nicht auch dem Miterben die 25, sonach gibt er an den Miterben volle 100, an die Legatarien 525, er selbst behält 175, sodaß hierdurch die andere Hälfte der Erbschaft mit 800 erschöpft ist. — Im Ganzen erhalten daher: der Erbe A 575 (400 jure legati von B, 175 jure heredis von sich selbst); der Erbe B 200 (100 jure legati von A, 100 jure heredis von sich selbst); die Legatarien 825 (525 von A, 300 von B.). Durch diese drei Summen ist der Nachlaß mit 1600 erschöpft.

Nachdem wir in den vorstehenden §§. 12—15 die Einzelngestaltung unserer institutio ex re certa nach ihren Hauptrichtungen kennen gelernt haben, macht es keine Schwierigkeit, in Gemäßheit der aufgestellten Gesichtspunkte auch andere bei dieser Detailbehandlung etwa vorkommende Fragen zu entscheiden. — Hiermit schließen wir daher die Erörterung über die rechtliche Gestaltung des Falles, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind.

Dritter Abſchnitt.

Der Fall, wenn neben einem oder mehreren gehörig Eingeſetzten Einer oder Einige auf res certae inſtituirt ſind.

---

§. 16.

Einleitung. Die von der bisherigen Theorie hier benutzten Quellenzeugniſſe, vorläufig angegeben. Darſtellung der verſchiedenen Anſichten über die rechtliche Geſtaltung dieſes Falles.

Wir betrachten nunmehr den letzten möglichen Fall einer institutio ex re certa. Es kann nämlich ſein, der Teſtator hat mehrere Erben ernannt, aber nur einen oder einige derſelben auf res certae, den oder die anderen dagegen in gehöriger Weiſe (sine parte oder ex certa parte) eingeſetzt.

Bei Bearbeitung der beiden vorigen Fälle (Abſchnitt 1 und 2) hatten wir den Grundſatz der rechtlichen Behandlung als bereits in der Theorie anerkannt vorgefunden, d. h. es war bereits anerkannt, daß und wie hier der heres ex re certa institutus als Erbe aufrecht erhalten wird, und ebenſo war es, wenigſtens im Allgemeinen, anerkannt, ob und wie er zugleich auf die ihm zugewieſene res certa beſchränkt werde; unſere Aufgabe ging dort beſonders dahin, dieſe Sätze genauer zu begründen und im Einzelnen durchzuführen, was indeſſen eine Reihe ſo wichtiger, bisher theils überhaupt nicht gewürdigter, theils unrichtig auf-

gefaßter Punkte dargeboten hat, daß uns ſicher nicht der Vorwurf gemacht werden kann, lediglich bereits Anerkanntes nochmals dargeſtellt zu haben.

Allein viel weiter geht das Neue, womit die Wiſſenſchaft zu fördern iſt, in den Fällen des gegenwärtigen Abſchnittes; hier handelt es ſich vor Allem um Ermittelung des Grundſatzes für ihre rechtliche Behandlung. Als ausgemacht und gewiß finden wir nämlich bei dem gegenwärtigen Standpunkte der Theorie nur Folgendes: auch hier iſt die, an ſich ungehörige, institutio ex re certa von dem Römiſchen Rechte nicht als eine völlig ungültige Verfügung verworfen, ſie hat Wirkung, und zwar jedenfalls die, daß der ſo Inſtituirte neben den gehörig Eingeſetzten lediglich auf die ihm zugewendete res certa beſchränkt wird. Dagegen war es von jeher und iſt bis auf die neueſte Zeit äußerſt beſtritten, in welcher Art dieſe Wirkſamkeit aufzufaſſen ſei: gilt der Eingeſetzte, weil er nur die res certa bekommt, als ein bloßer Legatar, oder iſt er ein wahrer Erbe? und wenn er wirklich Erbe ſein ſollte, wie wird bewirkt, daß er doch nur die res erhält? iſt er wahrer Erbe auf dieſelbe, ſo daß er ſie jure hereditario erhält, oder iſt er Erbe und Legatar zugleich? und wenn letzteres, nach welchen Richtungen hin iſt er das eine oder das andere, auf welche juriſtiſche Conſtruction hin rechtfertigt ſich ſolche Doppelnatur? — Es erhellt, daß dieſe Fragen den allergrößten praktiſchen Einfluß auf die ganze Einzelngeſtaltung des vorliegenden Rechtsverhältniſſes ausüben müſſen.

Die nächſte Urſache der hier herrſchenden außerordentlichen Meinungsverſchiedenheit liegt in den Quellen; während dieſelben für die beiden vorigen Fälle der institutio ex re certa den Grundſatz der rechtlichen Behandlung ausdrücklich und klar vorzeichnen, thun ſie dieß nicht mit gleicher Beſtimmtheit auch bezüglich des gegenwärtigen Falles; von dieſem ausdrücklich ſprechen überhaupt nur ſehr wenige Stellen, und diejenige, welche man

als die Hauptſtelle anſieht, hat die allerverſchiedenſten Auffaſſungen erfahren. Die genannte Lage der Quellen erklärt denn auch, wie man bisher faſt nur dieſen Fall der institutio ex re certa einer beſonderen Erörterung gewürdigt, dagegen die beiden anderen Fälle, als klar genug in den Quellen entſchieden, meiſt nur kurz mit Angabe der allgemeinſten Reſultate berührt hat. Allein eben ſchon das Vernachläſſigen eines näheren Eingehens auf dieſe letzteren Fälle trägt mit viele Schuld daran, daß man ſich in die Behandlung des gegenwärtig in Betracht kommenden Falles nicht zu finden wußte.

In dem Folgenden werden wir zunächſt diejenigen Quellen-Ausſprüche vorführen, welche man als hierher gehörig betrachtet hat, vorerſt noch ohne nähere Interpretation, bloß um den Leſer vorläufig mit ihnen bekannt zu machen; ſodann laſſen wir eine Darſtellung der verſchiedenen Meinungen folgen, welche auf dieſe Stellen hin bezüglich des in Frage ſtehenden Rechtsverhältniſſes aufgeſtellt worden ſind; hierauf ſoll unſere eigene, von den bisherigen weſentlich abweichende, Anſicht angegeben und begründet werden.

Als Hauptſtelle hat man von jeher folgendes Edict von Juſtinian angeſehen:

c. 13 C. de her. inst. (6. 24). Imp. Justinianus A. Mennae, P. P. — Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certarum unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum

ex certa re scriptorum fieri. Dat. VIII. Id. April. Constantinop. Decio. V. C. Cons. (529).

In dieſer Verordnung wird alſo dem neben gehörig Eingeſetzten auf eine res certa Inſtituirten nicht nur das Charakteriſtiſche der Erbenqualität, die Theilnahme an den actiones hereditariae abgeſprochen, es wird auch ausdrücklich als etwas Ausgemachtes angegeben, daß er legatarii loco ſei; hiernach ſcheint er denn in der That nicht als Erbe, ſondern als bloßer Vermächtnißnehmer behandelt zu werden.

Mit dieſem Reſultate möchte dann aber eine andere, viel ſpätere, Beſtimmung Juſtinian's ſchwer zu vereinigen ſein; indem der Kaiſer in Nov. 115 c. 3 und 4 das neue Notherbenrecht zu Gunſten der Descendenten, beziehungsweiſe Ascendenten des Erblaſſers einführt, ſchließt er damit in cap. 5 pr. der gedachten Novelle alſo:

Haec vero disposuimus, ut tam parentes quam liberos a testamentorum injuria liberemus. Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Una enim est serenitatis nostrae cura, ut injuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus.

Daß nämlich unter den heredes certis rebus contenti esse jussi auch die eigentlichen heredes ex re certa instituti mitbegriffen ſind, daß ferner hier neben den auf res certae beſchränkten Erben das Vorhandenſein gehörig Eingeſetzter zu denken iſt, dieß dürfen wir, wie auch bereits früher bei gelegentlicher Benutzung dieſer Stelle (S. 121 a. E. S. 228 ff.) geſchehen, einſtweilen als gewiß vorausſetzen, der Beweis wird ſpäter an ſeinem Orte erbracht werden. — Bedenkt man nun, daß Juſti-

nian in Nov. 115 bekanntlich für Ascendenten und Descendenten eine wahre Erbeseinsetzung verlangt, daß ohne diese selbst Zuwendung des allergrößten Vermächtnisses nicht genügen soll, daß er nun aber dennoch eine institutio ex re certa als diesem Notherbenrechte genügend erklärt, so scheint die Ueberzeugung unabweisbar, der heres ex re certa müsse auch neben gehörig Eingesetzten als ein wirklicher Erbe, nicht als ein bloßer Legatar in Betracht kommen.

Außerdem findet sich in dem Codex Gregorianus ein, freilich nicht (wenigstens nicht dem uns hier interessirenden Theile nach) in die Compilation aufgenommenes Reskript von Gordian, welches, wie wir ebenfalls vorläufig als gewiß annehmen wollen, einen Fall der institutio ex re certa neben gehörig Eingesetzten vor Augen hat, und sich dahin ausspricht: der heres ex re certa sei zu behandeln, als wäre er ohne Erwähnung der Sache eingesetzt, in dem jud. fam. erc. aber werde er auf die ihm zugewendete Sache beschränkt; indessen gibt das Reskript dabei nicht weiter an, auf welche juristische Construction hin diese Beschränkung stattfinden solle.

c. 1 Cod. Greg. de fam. erc. et communi div. [1]) Imp. Gordianus A. Sextio Juvenali: Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine ejus rei commemoratione institutus fuisset, sane officio familiae erciscundae judicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum juris

[1]) Bei Schulting in der jurispr. vet. antejust. als lib. III, tit. 5, in dem Berliner jus civ. antejust. als lib. III, tit. 4, in dem Bonner corp. jur. rom. antejust. als lib. III, tit. 6.

ignorantiam excusare facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV Kal. Novembr. Arriano et Papo Coss. (243).

Ob die angeführten drei Stellen in der That die einzigen, unſeren Fall der institutio ex re certa betreffenden ſind, ob ſich nicht noch andere finden, welche, wenn auch vielleicht nur indirect, für Aufklärung des Sachverhaltes wichtig werden, mag hier vorerſt auf ſich beruhen, genug die bisherigen Theorien fußten weſentlich nur auf den genannten Stellen, ja lange Zeit lediglich auf den beiden erſteren, während man jenes Reſcript Gordian's erſt ſeit dem vorigen Jahrhunderte mit hereingezogen hat, wahrſcheinlich weil es erſt durch Schulting allgemeiner bekannt geworden iſt.

Indem wir nun dieſe bisherigen Theorien dem Leſer vorführen, ſind wir weit entfernt, dieß eine Dogmengeſchichte zu nennen; ein wirkliches Dogma hat ſich hier weder feſtgeſtellt, noch weiter gebildet, alle Theorien erſcheinen vielmehr nur als Verſuche, den wahren Sachverhalt der rein Römiſchen Behandlung des Verhältniſſes zu ergründen, das Folgende iſt daher nur Referat dieſer Verſuche. Dabei haben wir denn die Wahl, entweder die verſchiedenen Anſichten nach den Hauptgruppen, welche ſich von dem gegenwärtigen Standpunkte der Theorie aus überſehen laſſen, mit Angabe ihrer Gründe ſyſtematiſch auseinander zu halten, oder aber das allmähliche Auftauchen der Anſichten chronologiſch zu verfolgen. Das letztere Verfahren ziehen wir vor, es bietet eine intereſſantere Einſicht in die Entwicklung, in die oft wunderlichen, ſonſt in dem Erbrechte nicht leicht erhörten Mittel, mit welchen man ſich hier der Wahrheit entgegen zu bewegen geſucht hat. — Eine Kritik der vorzuführenden Anſichten ſoll, je nach Bedürfniß, theils mit Angabe dieſer letzteren, theils demnächſt mit Begründung unſerer eigenen Meinung verbunden werden.

I. Schon in der Gloſſe finden ſich zwei entgegengeſetzte Meinungen:

Nach der einen, und zwar nach der Meinung des Accurſius, iſt unſer heres ex re certa institutus in jeder Beziehung als ein bloßer Legatar anzuſehen, Erben ſind lediglich die daneben gehörig (sine partibus oder ex certis partibus) Eingeſetzten [2]). Dieſe Anſicht gründet ſich auf eine rein äußerliche Auffaſſung der c. 13 C. de her. inst., vorzüglich darauf, daß Juſtinian hier von den auf res certae Inſtituirten ausdrücklich ſagt: quos legatariorum loco haberi certum est, dann aber auch auf die Entſcheidung, daß dieſelben keinen Antheil an den actiones hereditariae haben, was eben nur eine der Folgen ihrer reinen Legatarien-Eigenſchaft ſein ſoll [3]). Jedoch mit Rückſicht auf die Beſtimmung von Nov. 115 c. 5 pr. fügt Accurſius ſeiner Anſicht die Eine Beſchränkung bei: für das Notherbenrecht genüge auch hier eine institutio ex re certa [4]).

In Verbindung mit dieſer Anſicht wird eine zweite an einer anderen Stelle der Gloſſe dahin angegeben: auch hier gelte der

---

[2]) Glossa Accursii ad l. 13 C. de her. inst.; verb.: „scriptorum. — glossa ad l. 29 D. ad Sct. Treb. verb.: „ex certis“: quod valet, ut l. 1, §. 4 D. de her. inst., nisi sit alius institutus ex quota, vel etiam simpliciter, quia tunc loco legatarii est, ut l. 13 C. de her. inst.

[3]) So ſagt Vivianus in dem casus ad l. 13 C. cit. in Beantwortung der Frage, ob dieſe heredes ex re certa scripti von den Erbſchaftsgläubigern in Anſpruch genommen werden könnten, geradezu: quod non, quia sunt loco legatariorum, non heredum.

[4]) Glossa ad l. 29 D. ad Sct. Treb. verb. „ex certis“ fährt nach obigen Worten ſo fort: nisi quoad excludendam querelam inofficiosi testamenti. — Gloss. ad l. 13 C. cit. verb.: „legatariorum“ ſagt: Argu. contra supra de inoff. test. auth. novissima. Dort in der auth. novissima ad l. 6 C. de inoff. test. heißt es verb.: „quoquo relicti titulo“: imo jure institutionis hodie per aliam auth. ut cum de app. cog. §. aliud quoque capitulum. Sufficit tamen, si ex certis rebus instituentur, ut in eo tit. §. haec autem disposuimus, et sic corrigitur haec. — Bei Nov. 115, cap. 5 pr. ſelbſt verweiſt die Gloſſe lediglich auf die genannten gloss. ad auth. noviss. und ad l. 13 C. cit.

heres ex re certa institutus als wahrer Erbe, nur mit Ausnahme der einzigen in c. 13 C. cit. ausdrücklich angegebenen Beziehung, nämlich rücksichtlich seines Ausschlusses von den actiones hereditariae, nur in dieser Einen Beziehung sei es zu verstehen, wenn er legatarii loco genannt werde [5]). Hiernach würde also der Eingesetzte die ihm zugewiesene Sache jure hereditario erhalten, er wäre auch der juristischen Auffassung nach ein wahrer heres ex re certa. Accursius verwirft diese Meinung ausdrücklich, und gibt der ersteren den Vorzug [6]).

Indessen fanden unter den Postglossatoren beide Meinungen ihre Vertheidiger [7]). Bezüglich der ersteren suchte man die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. als ein speciale in filio (wohl für Notherben überhaupt) zu rechtfertigen, indem man als ratio hujus specialitatis das odium querelae und den sog. favor testamenti bezeichnete. Jene zweite Meinung dagegen stützte man vorzüglich durch folgendes Argument: mit Wegfall der gehörig eingesetzten Erben müsse es doch offenbar so gehalten werden, als seien diese nie dagewesen, der h. ex re certa institutus also schon von Anfang an allein institnirt worden, wo er dann nach fr. 1 §. 4 D. de her. inst. (s. oben S. 23) detracta rei mentione als wahrer heres auf das Ganze gerufen werde, dieß aber sei wiederum nicht möglich, wenn er nicht schon von Anfang an auch in Concurrenz mit den gehörig Eingesetzten wahrer Erbe sei; sei er dieß, so erscheine auch Nov. 115 cit. nicht als ein speciale, sondern als eine der ratio juris voll-

---

[5]) Glossa ad l. 35 pr. D. de her. inst.: „ex aequis partibus“: sc. quotis, cum hereditas sit jus, ut supra eodem l. quoties §. heredes. Imo loco legatariorum sunt habendi, ut e. cod., quae est contra. Solu: ibi erat unus ex universo, hic non. Vel dic, quod licet obtineant vicem legatarii quoad actiones, tamen vere sunt heredes. Prima placet.

[6]) S. die Schlußworte der vorigen Note.

[7]) S. darüber Bartolus, ad l. 35 D. de her. inst. und ad l. 13 C. eod. — Sichardus, prael. in Cod. ad l. 13 de her. iust. — Fachinbus, controv. lib. 4, cap. 15.

kommen entſprechende Beſtimmung, und daraus folge weiter, daß er in allen anderen Beziehungen ebenfalls als wahrer Erbe gelten müſſe, ſoweit nicht eine ausdrückliche Beſtimmung etwas anderes ſage, dieß geſchehe nun aber lediglich bezüglich der act. hereditariae.

Neben dieſe beiden Anſichten ſtellte bald Nikolaus Matarellus, welchem beſonders Jacobus Buttrigarius folgte, eine dritte [8]) als anderweiten Verſuch einer Vereinigung von c. 13 C. cit. und Nov. 115 cap. 5 pr. dahin auf: es ſei zu unterſcheiden, ob ein filius (Notherbe überhaupt) oder aber ein extraneus neben gehörig Eingeſetzten auf eine res certa inſtituirt ſei: der extraneus ſei in jeder Beziehung ein bloßer Legatar, auf ihn allein gehe c. 13 cit., der filius dagegen ſei in jeder Beziehung wahrer Erbe, auf ihn gehe c. 13 cit. überhaupt nicht, ſondern lediglich Nov. 115; die ratio für den filius beſtehe aber darin, daß ihm die res certa loco legitimae, d. h. als tertia vel quarta pars ſeiner Inteſtatportion, mithin als eine pars hereditalis zugewendet ſei, wodurch er in der That ein der Erbenqualität entſprechendes Object, und dieſes daher jure hereditario bekomme.

II. In ganz neuer Art faßte Bartolus [9]) die Sache auf. In ihm zuerſt erwacht die Ueberzeugung, daß unſer heres ex re

---

[8]) Fälſchlich halten Sichard und ihm folgend Leyſer (in ſeiner ſpäter anzuführenden diss. de herede ex re certa instituto) dieſe Anſicht für ſchon in der Gloſſe angegeben, nämlich als identiſch mit der in gloss. ad l. 35 D. de her. inst. verworfenen Meinung. Das richtige Auseinanderhalten der Meinungen findet ſich bei Bartolus und Fachineus Note 7 cit.

[9]) Citirt in Note 7 auf Seite 314. — Er erklärt ſich: 1) gegen die Unterſcheidung des Matarellus: weil, abgeſehen von Anderem, der Pflichttheil nicht pars hereditatis, ſondern (wie auch richtig, ſ. oben Seite 230 ff.) pars bonorum, alſo ebenfalls nur res certa ſei; 2) gegen die Anſicht, der heres ex re certa ſei in jeder Beziehung legatarii loco: weil demſelben mit Wegfall der gehörig Eingeſetzten in der That unter Anwendung von fr. 1 §. 4 D. de her. inst. die hereditas accreſciren müſſe;

certa institutus nicht bloß in einer einzelnen Rücksicht, sondern in einer ganzen Reihe von Beziehungen die Eigenschaft eines wirklichen Erben, ebenso aber auch andererseits in einer ganzen Reihe von Beziehungen die Eigenschaft eines Vermächtnißnehmers haben müsse, so daß es nur darauf ankomme, ein Princip für diese Doppelnatur zu finden. Hierfür stellt nun Bartolus folgenden Satz auf: unser heres ex re certa institutus sei weder ein reiner Erbe, noch ein reiner Vermächtnißnehmer, sondern eine dritte selbstständige Species eines Honorirten, genannt heres ex re certa, oder auch heres singularis [10]), welcher theils nach den Grundsätzen eines Erben, theils nach denen eines Vermächtnißnehmers beurtheilt werden müsse, in Ansehung der res certa nämlich gelte er als Legatar, sonst aber als Erbe; oder, um des Bartolus eigene Worte zu gebrauchen: „Quid ergo dicemus? Respondeo: heres institutus ex re certa non est heres universalis, nec est legatarius, sed est una tertia species per se, quae vocatur heres ex re certa s. singularis, quae partim capit de natura instituti universaliter, partim de natura legatarii; sicut dicimus in grammatica de participio, quod partem nominis, partem verbi recipit; quoad rem talis institutio sapit naturam legatarii, quoad institutionem naturam heredis.“

Hieraus sollen sich denn namentlich nachstehende Folgen ergeben. Als Instituirter zeige der heres ex re certa seine Erbenqualität darin: bei dem Wegfall der gehörig Eingesetzten

---

3) gegen die Ansicht, der heres ex re certa sei im Allgemeinen loco heredis, und nur rücksichtlich seines Ausschlusses von den act. her. legatarii loco: weil nicht erhelle, pro qua parte er heres sei, und weil nach c. 10 C. fam. erc. und fr. 35 D. de her. inst. (beide Stellen sprechen indessen durchaus nicht von unserem Falle) die res certa dem Abzuge der quarta Falcidia unterworfen sei.

[10]) Im Gegensatze zu diesem heres singularis nennt Bartolus den auf das jus Eingesetzten: heres universalis.

werde er jure accrescendi auf das Ganze gerufen, weshalb schon seine Antretung allein das Testament bei Kräften erhalte; er dürfe die ihm zugewiesene Sache sua auctoritate in Anspruch nehmen, so gut wie der heres universalis die hereditas; er habe, eben weil sein Recht unabhängig von dem Erbschaftsantritte der Miterben sei, das remedium ex lege ult. Cod. de ed. divi Hadr. tollendo; endlich erkläre sich nunmehr einfach, daß und warum nach Nov. 115 cap. 5 pr. durch seine Einsetzung dem Notherbenrechte genügt sei. Dagegen seine Eigenschaft als Legatar zeige sich darin: er transmittire den Anspruch auf die res certa, nicht auch jenes Acer.-Recht, auf seine Erben, er bekomme die res selbst dann, wenn wegen Verstoß gegen Nov. 115 das Testament quoad institutiones zusammenfalle, quoad alia capitula (denn zu diesen gehöre die Zuwendung einer res certa) aber bestehen bleibe; er hafte nicht den Erbschaftsgläubigern, und müsse sich von den gehörig Eingesetzten den Abzug der quarta Falcidia gefallen lassen.

Diese Meinung des Bartolus fand bald eine große Anzahl von Anhängern, so Baldus, Paulus de Castro, Jason, unter den Späteren vertheidigte sie namentlich Sichardus [11]) und ebenso nachher Fachineus [12]). Sie wurde lange Zeit als die communis opinio bezeichnet, und häufig in folgender Art ausgedrückt: respectu rei singularis, in qua quis institutus est, semper habetur pro legatario, respectu autem personae institutae in certa re, habetur illa persona pro herede.

Indessen erhielt sie doch andererseits bei einer Reihe namhafter Juristen der folgenden Zeit durchaus keinen Beifall, was auch in der That nicht zu verwundern ist. Denn obwohl ein Honorirter juristisch recht gut theils die Eigenschaften eines

---

[11]) Sichardus, prael. in Cod. ad l. 13 de her. inst.

[12]) Fachinbus, controv. lib. 4 cap. 15.

Erben, theils die eines Legatars haben kann (man denke nur an den Prälegatar), so leuchtet es doch schon auf den ersten Blick ein, daß, wenn in dem Rechtsverhältnisse unseres heres ex re certa institutus wirklich eine solche Doppelnatur enthalten sein sollte, wenigstens das von Bartolus dafür aufgestellte Princip als ein in dem Gebiete des Römischen Erbrechtes ganz unerhörtes dasteht; es fehlt ihm, abgesehen von dem Mangel eines positiven Beweises; jeder innere Halt, jedes Band juristischer Construction. Sollten daher auch die von Bartolus daraus gezogenen Folgesätze richtig sein, so sind sie dieß gewiß nicht darum, weil sie zufällig unter dieses höchst willkührlich ersonnene Princip passen. In der That aber postulirt er aus seinem Principe die von ihm behaupteten Einzelnsätze (gesetzliche Beweise derselben hat er nur in Bezug auf die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr.), und umgekehrt postulirt er aus den von ihm behaupteten Einzelnsätzen wiederum sein Princip.

III. Diejenigen nun, welche mit dem Principe des Bartolus nicht einverstanden waren, blieben größtentheils zugleich auch von dem Grundgedanken desselben unangeregt, d. h. sie faßten nicht wenigstens die Frage in das Auge, ob nicht unser heres ex re certa institutus wirklich in manchen Beziehungen als Erbe, in anderen als Legatar in Betracht komme, und es dieserhalb nur der Erforschung eines besser construirten Principes bedürfe, sie wendeten sich vielmehr fast sämmtlich der Meinung des Accursius zu, und erklärten den Eingesetzten für einen bloßen Legatar [13]). Diese Meinung empfahl sich ihnen als

---

[13]) Von Schriftstellern bis zu Ende des 17. Jahrhunderts gehören hierher namentlich folgende: H. Donellus, comment. jur. civ. lib. VI, cap. XVIII, §. 18—22, und in seinem Commentar zu c. 13 C. de her. inst. (in comment. ad quosdam libr. Cod. Frf. 1599 p. 390). A. Faber, error. pragmaticor. Dec. XIV, error 6, Dec. XV, err. 5—8. Giphanius ad l. 13 C. de her. inst. (in explanat. difficc. et celebr. leg. Cod. Just.). Galvanus de usufr. cap. 13. Bachovius ad §. 5 J. de her. inst. Wissenbach

eine durch c. 13 C. de her. inst. gesetzlich sichere und zugleich juristisch verständige, indem auch nach allgemeinen Grundsätzen als natürlich ja nothwendig erscheine, daß derjenige, welcher nur mit einer res certa bedacht ist, und welchem man auch gesetzlich nur diese res zugewendet sieht, ein Legatar und kein Erbe sei. Das Gewicht dieser Gründe war so imponirend, daß man sich über etwaige sonstige Zweifel an der reinen Legatarien-Eigenschaft unseres Honorirten mit einer Art von gemachter Ueberzeugung leicht hinwegsetzte.

Einzelne Vertheidiger dieser Legatarienqualität suchten dieselbe außerdem noch aus anderen Gründen zu rechtfertigen, sowie gegen mögliche Einwendungen sicher zu stellen. Die hauptsächlichsten Versuche der Art sind folgende.

1) Donellus stellt einen allgemeinen Gesichtspunkt auf, welcher für die Behandlung der drei möglichen Fälle einer institutio ex re certa in dem Testamente eines paganus in der Art maßgebend sein soll, daß sich die Verschiedenheit der Resultate in diesen drei Fällen doch überall ex voluntate testatoris vereinige. Bei Anordnung einer jeden inst. ex re certa nämlich gebe der eigentliche und nächste Wille des Erblassers dahin: der Instituirte solle nichts als die res certa erhalten; ob er dabei Erbe werde oder nicht, sei im Sinne des Erblassers etwas Untergeordnetes. Da sich aber die Beschränkung auf die res juristisch nur im Wege der Vermächtnisse herbeiführen lasse, indem ein heres nicht in res singulas succedire, so müsse, um die Verfügung für alle Fälle vor totaler Ungültigkeit zu retten, weiter und eventuell der höchste Wille des Erblassers dahin

---

ad l. 13 C. de her. inst. Vinnius ad §. 8 J. de her. inst. Perez prael. in Cod. lib. 6, tit. 24, Nr. 13. Vort, comm. ad Pand. lib. 28, tit. 5, Nr. 23. Brunnemann, comm. ad l. 13 C. de her. inst. Lauterbach, colleg. theor. pract. ad Dig. lib. 28, tit. 2 u. 5. Huber, ad Inst. lib. 2, tit. 14, nr. 4 und ad Dig. lib. 28, tit. 5, nr. 8 (in praelect. jur. civ.). Averanius interpr. lib. 4, c. 11, nr. 4. 5. 8.

aufgefaßt werden: „ut quantum, et quatenus in hac institutione jure valere potest, tantum valeat.“ — Nach dieſen voluntates und unter Wahrung des Satzes, daß Niemand eine res certa als ſolche erben könne, geſtalte ſich dann das Ganze in folgender Weiſe. a) Sei die Beſchränkung auf die res überhaupt nicht möglich, ſo ſchwände dieſe nächſte und eigentliche voluntas; dagegen mache ſich nun die sola institutio geltend, dieſelbe realiſire ſich jetzt detracta rei mentione. So erkläre es ſich, daß der heres ex re certa als einziger Eingeſetzter detracta re auf das Ganze gerufen werde. b) Könne man den Inſtituirten zwar auf die res beſchränken, aber dieß nur dadurch, daß man ihn zugleich zur hereditas rufe, dann werde er, unter gleichzeitiger Beachtung jener beiden voluntates, Erbe, erhalte aber nur die res. So werde es gehalten, wenn ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt ſeien; die Aufrechthaltung des Teſtaments und ſomit der Zuwendungen der res fordere nämlich auch hier, daß wenigſtens Einer detracta re Erbe werde und antrete, laſſe man aber einmal Einen als Erben zu, ſo müſſe man, da Alle in gleicher Lage ſeien, die Anderen ebenſo zulaſſen; ſo komme es, daß hier ſämmtliche Eingeſetzte detractis rebus Erben würden, die res aber von einander als Legate erhielten. c) Könne dagegen die Beſchränkung auf die res ſchon an ſich, ohne Beimiſchung der Berufung zur hereditas, realiſirt werden, dann müſſe dieß, als dem nächſten Willen des Erblaſſers gemäß, geſchehen. Dieß trete ein, wenn eine institutio ex re certa neben gehörigen Einſetzungen angeordnet ſei; die gehörig Eingeſetzten ſeien hier ſchon an ſich die wahren Erben, durch ihre Antretung (treten ſie nicht an, ſo komme es wieder zu dem unter a Bemerkten) werde das Teſtament erhalten, von ihnen könne der ex re Inſtituirte nun die res erhalten, darum ſei er aber hier nichts als ein ſimpler Legatar.

2) Anton Faber hebt in ſpecieller Richtung gegen Bartolus hauptſächlich Folgendes hervor: Die Diſtinction des

Bartolus finde ſich weder in den Geſetzen, noch ſei ſie mit der Natur der Sache vereinbar, denn die Eigenſchaft der Perſon werde lediglich durch die Qualität des ihr zugewendeten Objectes beſtimmt, Erbe werde man nicht durch institutio, ſondern durch Zuweiſung der hereditas, Berufung auf eine res certa aber mache zum Legatar; daher gebe es nur einen heres universalis, nicht auch einen heres singularis. Außerdem führe die Meinung des Bartolus auf das Unſtatthafte, daß zwei Perſonen domjni in solidum an ein und derſelben Sache würden, nämlich der heres ex re certa und der gehörig Eingeſetzte, indem der letztere mit der ganzen Erbſchaft doch auch die res certa bekomme. Endlich nennten die dürren Worte der c. 13 C. cit. den ex re Inſtituirten legatarii loco, und ſelbſt dieß ſei er nicht ex summo jure, ſondern benigna juris interpretatione, ne defuncti voluntas intercidat. — Die Beſtimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. (welche Donellus ganz übergeht) will Fabe durch die kühne Bemerkung beſeitigen, Juſtinian oder Tribonian habe ſich geirrt, er möge ſagen was er wolle, das Teſtament, in welchem ein Notherbe neben gehörig Eingeſetzten ex re inſtituirt ſei, bleibe null und nichtig, inſofern man die Novelle nicht etwa dahin verſtehen wolle, daß Juſtinian einen Fall gemeint habe, in welchem der Notherbe nicht auf die legitima oder auf eine ſonſtige res certa, ſondern auf eine pars assis inſtituirt worden, aber die legitima auf irgend einen Titel bekommen ſolle [14]).

3) Averanius will beſonders den Einwand, das von dem Teſtator hier gebrauchte verbum instituendi und nomen heredis paſſe nur für einen Erben, nicht auch für einen Legatar, durch Folgendes entfernen: es ſei ein allgemeiner Satz, daß, ſo oft die Natur einer Dispoſition und der Wille des Disponenten den von ihm gewählten Worten widerſtreite, die letzteren weichen

[14]) A. Faber error. pragm. Dec. XIV, error 6 in fine.

müßten („cum concurrunt simul et natura rei et voluntas, his verba cedere necesse est“); dieß beſonders dann, wenn die Worte noch eine allgemeinere Bedeutung zuließen, was in der That hier der Fall ſei, indem instituere auch von teſtamentariſcher Vormundſchaftsbeſtellung gebraucht werde, und das nomen heredis in den Quellen zuweilen den Legatar mit umfaſſe [15]). — Indeſſen läßt ſich Averanius (ähnlich wie Accurſius) durch Nov. 115 cap. 5 pr. zu der Modification beſtimmen: der Inſtituirte, obwohl überall ſonſt loco legatarii, ſei doch titulo tenus als heres anzuerkennen, und darum genüge ſeine Einſetzung dem Notherbenrechte („hactenus ut a querela inofficiosi testamenti removeatur“).

4) Eine ganze Reihe möglicher, mitunter aber höchſt ſeltſamer Bedenken, welche ſcheinbar dafür ſprechen ſollen, es könne Jemand ex re certa inſtituirt werden, ſo daß er Erbe auf dieſe res werde, erhebt Galvanus, um ſie, zum Theil in ebenſo ſeltſamer Weiſe, zu beſeitigen. a) Die Zwölftafelworte: „uti legassit, ita jus esto“ geſtatteten doch die freieſte Willkühr im Teſtiren, billigten alſo gewiß auch den direkten Rechtsbeſtand einer institutio ex re certa; — allein dieſe amplissima testandi facultas der zwölf Tafeln ſei (fr. 120 D. de verb. sign.) durch ſpätere Geſetze und insbeſondere durch prudentum interpretatio vielfach eingeſchränkt worden, und ſo habe denn auch die media jurisprudentia ſicherlich die Einſchränkung beigefügt: nisi testator instituerit heredem ex re certa. b) Ulpian ſage doch in fr. 35 pr. D. de her. inst. geradezu und ganz allgemein: receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem; — allein damit ſei nur geſagt, die Verfügung ſei nicht ungültig, die Art und Weiſe ihrer Gültigkeit bleibe durch dieſe Worte unberührt. c) Der Inſtituirte werde doch, beſonders

---

[15]) Dieſe Bemerkung von Averanius iſt bereits oben S. 32, Note 20 widerlegt worden.

auch in c. 13 C. de her. inst., heres und instituirt genannt; — allein das geschähe nach der Ausdrucksweise des Erblassers, nicht sensu juris. d) Justinian nenne in c. 13 C. cit. den Instituirten nur legatarii loco; wenn er nun weder wirklicher Legatar noch Fideikommissar sei, und dennoch succedire, so müsse er heres sein; — allein er sei darum nur loco legatarii, weil er, der Anordnung nach instituirt, nur der rechtlichen Behandlung nach als Legatar erscheine. e) Er werde doch in c. 13 C. cit. auf Eine Linie gestellt mit dem ex parte assis Instituirten, welcher jussus est certis rebus esse contentus, dieser aber sei nach Nov. 115 cap. 5 pr. wirklich heres; — allein diese Gleichstellung gelte nur für den einzigen, von Justinian in jener Constitution hervorgehobenen Punkt des Ausschlusses von den actiones hereditariae, im Uebrigen bestehe die große Verschiedenheit, daß der Letztere wirklich Erbe auf die ihm von dem Erblasser zugewiesene pars assis werde, und seine Einsetzung durch Konkurrenz der Miterben wegen der beigefügten Beschränkung auf bestimmte Sachen nur den Effekt eines Legates erhalte [16]). —

Unter allen denjenigen, welche unsern heres für einen bloßen Legatar hielten, herrschte übrigens eine große Meinungsverschiedenheit bezüglich der (in den Quellen nicht hervorgehobenen) Frage, wie es sich gestalte, wenn sämmtliche gehörig Eingesetzte wegfallen, ohne die Erbschaft erworben zu haben? Einige [17]) hielten auch für diesen Fall streng an der behaupteten Legatenqualität fest, theils weil die Gesetze, insbesondere auch c. 13 C. cit., für diesen Fall nichts besonderes bestimmen, theils weil jedes civilistische Fundament dafür fehle, daß sich ein anfänglicher Legatar mit Eintritt eines doch bloß faktischen Ereignisses in einen Erben ver-

---

[16]) Auf welche juristische Construktion hin dieß geschehen soll, darüber schweigt Galvanus.

[17]) So A. Faber l. c. Dec. 15 err. 5. Giphanius. l. c.

wandeln könne. Andere dagegen, und zwar die Meiſten, ließen mit Wegfall der gehörig Eingeſetzten den ex re Inſtituirten als Erben gelten, detracta re gerufen auf das Ganze; allein dabei wich man wiederum von einander ab, theils in der juriſtiſchen Begründung der nun auftauchen ſollenden Erbenqualität, theils in Rückſicht auf die Frage, ob dieſe Verwandlung für alle oder aber nur für gewiſſe Fälle des Wegfalls der gehörig Eingeſetzten anzuerkennen ſei. In erſterer Beziehung ſtützten ſich Einige kurzweg auf ein Accrescenzrecht, wobei denn von anderer Seite [18]) die natürliche Rüge unausbleiblich war, daß Accrescenzrecht zwiſchen Legatarien und Erben nicht beſtehe, und einer res certa nicht die hereditas accresciren könne. Bei weitem die Meiſten nahmen daher an, mit Wegfall der gehörig Eingeſetzten gelte nunmehr der heres ex re certa, gerade wie wenn er von Anfang an allein eingeſetzt geweſen wäre, detracta rei mentione als Erbe, und erhalte ſo nach fr. 1 §. 4 D. de her. inst. das Ganze; dieß entſpreche den allgemeinen Grundſätzen, und (im Intereſſe der Aufrechterhaltung des Teſtaments) der voluntas testatoris, auch ſtehe kein Geſetz dagegen, denn c. 13 C. de her. inst. gehe ihrer ganzen Faſſung nach offenbar nur auf den Fall des Erwerbs der gehörig Eingeſetzten. — Was die zweite der oben angedeuteten ſtreitigen Beziehungen betrifft, ſo ließen faſt ſämmtliche Juriſten, welche beim Wegfalle der gehörig Eingeſetzten den ex re Inſtituirten als Erben anſahen, dieß für einen jeden Fall dieſes Wegfalles gelten, weil überall der rechtliche Grund derſelbe ſei. Bachovius dagegen unterſchied: ſeien die gehörig Eingeſetzten ſchon bei Lebzeiten des Teſtators weggefallen, dann allerdings erhalte der heres ex re certa institutus Erbenqualität, ſeien ſie dagegen erſt nach des Teſtators Tod weggefallen, dann verbleibe es bei der urſprünglichen Legatarienqualität des auf die Sache Eingeſetzten, er gehe leer aus, das Teſtament

[18]) z. B. Donellus, Galvanus ll. cc.

werde ungültig; nur in jenem Falle nämlich könne man den heres ex re certa institutus, da er hier schon bei der Delation als der einzige (noch übrige) Eingesetzte dastehe, mit Recht so behandeln, als sei er von Anfang an allein eingesetzt, und auch der Wille des Erblassers, welcher, dann gewiß regelmäßig mit jenem Wegfalle bekannt, das Testament dennoch nicht aufgehoben habe, spreche hier viel eher dafür, daß der ex re Instituirte Alles bekommen solle, als da, wo die gehörig Eingesetzten erst nach des Testators Tode weggefallen seien.

IV. Eine allgemeine Anerkennung konnte indessen die Ansicht, daß unser Eingesetzter ein bloßer Legatar sei, nicht finden; für ihre Begründung war auch offenbar c. 13 C. de her. inst. allzu äußerlich aufgefaßt, die zur Unterstützung anderweit hergeholten Gründe waren, wie ein Blick auf das Bisherige zeigt, meist ganz wunderlich, und die möglichen Gegengründe, besonders die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. allzu ungenügend beseitigt. Fortwährend ging daher die gemeine Meinung dahin, der ex re Instituirte gelte theils als Erbe, theils als Legatar; schwankend aber blieb man vielfach darüber, wieweit er das eine oder das andere sei, namentlich war man nicht mehr allgemein mit dem dieserhalb von Bartolus aufgestellten Principe einverstanden.

In einer eignen Schrift suchte nun Leyser[19]) der gemeinen Meinung einen neuen Haltpunkt zu verschaffen. Er erkannte den ex re Instituirten als „mixtae et amphibiae conditionis" an, allein dieß nach folgendem, von dem des Bartolus wesentlich abweichenden, Principe: in seinem Verhältnisse den Miterben gegenüber gelte er als Legatar, in jedem anderen Verhält-

---

[19]) Leyser, Dissertatio juridica de herede in re certa instituto ad l. 13 C. de her. inst., Vitemb. 1709, von ihm unter Berger's Vorsitz vertheidigt, und nachher von letzterem in dessen Philocalia fori seu miscellanea juris forensis (p. 49 sqq.) aufgenommen. Später reihte sie Leyser mit der Versicherung, daß sie ganz seine eigene Arbeit sei, mit einigen Abänderungen in seine Meditationes ad Pand. als spec. 361 ein.

niſſe, namentlich Dritten gegenüber, gelte er als Erbe, oder wie ſich Leyſer ſelbſt ausdrückt: „Igitur nostram regulam, ex natura rei et ipsa lege desumtam, duabus regulis breviter et perspicue proponemus: quoties is, qui in re singulari heres scriptus est, coherede alio vel simpliciter vel in parte certa dato, cum isto coherede concurrit, et simul consideratur, toties legatarii tantum juribus frueretur; at quando sine coherede ille solus, et intuitu aliorum extraneorum spectatur, tum vero in omnibus pro herede est habendus.“

Nach der ersteren dieſer Regeln ſoll ſich der Eingeſetzte als ein Legatar darſtellen in folgenden Rückſichten: er habe kein Accrescenzrecht, ſolange auch nur noch Einer der gehörig Eingeſetzten vorhanden ſei; er dürfe die res certa nicht propria auctoritate occupiren, widrigenfalls den Miterben das interdictum quod legatorum zuſtehe; er müſſe ſich den Abzug der quarta Falcidia gefallen laſſen; er habe gegen die Miterben die gewöhnlichen Rechtsmittel eines Legatars, die rei vindicatio, actio personalis ex testamento, actio hypothecaria; er transmittire den Anſpruch auf die res certa, auch wenn er nicht antrete, auf ſeine Erben; die actiones hereditariae gingen weder aktiv noch paſſiv auf ihn über, und zwar dieß (im Gegenſatze der Gloſſe ad l. 29 D. ad Sct. Treb.) auch dann nicht, wenn er ein filius des Teſtators ſei. — Nach jener zweiten Regel dagegen zeige ſich ſeine Erbenqualität in folgendem: durch institutio ex re certa werde den Vorſchriften des Notherbenrechts der Nov. 115 genügt; beim Wegfall ſämmtlicher Miterben erhalte er ein Accrescenzrecht; mit Vermächtniſſen beſchwert dürfe er denſelben die quarta Falcidia abziehen; wenn aus notherbrechtlichen Rückſichten zwar nicht die Legate, wohl aber die Erbeseinſetzungen zuſammenfielen, falle auch die institutio ex re certa weg; dritten Nichterben gegenüber habe er in Bezug auf die res die Erbſchaftsklagen, könne alſo dieſelbe von Dritten mit der hereditatis petitio abfordern, ebenſo habe er utiliter das interdictum

quorum bonorum, des remedium ex lege ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll., ſowie das interdictum quod legatorum Denjenigen gegenüber, welchen er Vermächtniſſe auszubezahlen habe.

Gründe für dieſes neu aufgeſtellte Princip gibt Leyſer nicht, weder innere, noch äußerlich durch die Quellen gerechtfertigte, er ſtellt daſſelbe geradehin auf, und ſucht es lediglich aus den angegebenen Folgeſätzen zu beſtätigen und zu erläutern, die aber ſelbſt größtentheils auf ſchwachen Füßen ſtehen, zuweilen ſogar wieder nur aus dem Principe gefolgert werden. Insbeſondere geht er weder auf Interpretation des Inhalts der c. 13 C. cit., noch auf deren etwaiges Verhältniß zum früheren Rechte ein, er bezeichnet vor Aufſtellung ſeines Princips dieſe Verordnung als ein „singulare und nec nisi semel dictum“, und zwar als eine der 50 decisiones, indem er weiter nur kurz bemerkt: „ipsa quidem legis verba per se clara sunt, ut ulterione non indigeant interpretatione.“

So litt alſo Leyſer's Verſuch, die von jeher mehr dunkel gefühlte als juriſtiſch klar bewußte Doppelnatur unſres heres auf ein Princip zurückzuführen und daraus im Einzelnen zu verfolgen, ganz an demſelben Fehler der Conſtruktionsloſigkeit, wie der von Bartolus desfalls ſchon längſt gemachte Verſuch, — man war durch Leyſer in der That um nichts weiter gekommen.

Daraus erklärt ſich denn auch, daß die gemeine Meinung den ihr von Leyſer vermeintlich dargebotenen Haltpunkt im Ganzen wenig berückſichtigte; man ſchwankte mit der behaupteten Doppelnatur unſerer institutio ex re certa fortwährend auf ungewiſſen Wogen ohne leitenden Pfad umher, während nach wie vor ein großer Theil der Juriſten [20]) ſich der Anſicht, der ex

[20]) Hieher gehören z. B. Boehmer, jus Dig. ad lib. 28 tit. 5 Nr. 12. Westenberg, princ. jur. sec. ord. Dig. ad l. 28 tit. 5 §. 33. Hellfeld, jurispr. for. lib. 28. tit. 5. §. 1441. Hofacker, princ. jur. civ. (ed. 2) tom. 2 §. 1295. Höpfner, Commentar §. 494 a. E.

re Inſtituirte ſei ein bloßer Legatar, als einem ſichern, und wie es ſcheint durch Juſtinian's Verordnung ſelbſt angewieſenen Hafen zuwendete.

§. 17.

Fortſetzung.

V. In anderer und neuer Weiſe ſuchte zu Ende des vorigen Jahrhunderts Hennemann [1]) den wahren Sachverhalt feſtzuſtellen. Seine Meinung geht dahin: unſer heres ex re certa institutus ſei nicht bloß, wie Leyſer annehme, Dritten gegenüber, ſondern ebenſo den gehörig Eingeſetzten gegenüber und überhaupt in jeder Beziehung wahrer Erbe, nur daß ſein Erbtheil lediglich in der ihm zugewieſenen res certa beſtehe, und er darum keinen Antheil an den actiones hereditariae habe, während ihm aber die res wirklich als Erbportion, mithin titulo universali zufalle. — Dieſe Anſicht ſelbſt iſt nicht neu, ſie iſt im Weſentlichen dieſelbe, welche ſchon in der Gloſſe ad l. 35 pr. D. de her. inst. erwähnt, dort aber von Accurſius verworfen wird (ſ. oben S. 314 Note 5); neu und eigenthümlich dagegen iſt die Begründung.

Abſehend zunächſt von Juſtinian's const. 13 cit. beruft ſich Hennemann a) auf die Rechtsanalogie; eine heredis institutio ex re certa gebe ja auch ſonſt (ohne Conkurrenz gehörig Eingeſetzter) Erbrecht, warum nicht auch hier? und was die voluntas testatoris betreffe, ſo ſpreche die Vermuthung keineswegs dafür, der Erblaſſer habe nur den gehörig Eingeſetzten als eigentlichen Erben, dagegen den ex re Inſtituirten als bloßen Legatar gemeint, denn auch Letzteren habe er ausdrücklich als Erben eingeſetzt, die Einſetzung aber mache zum Erben.

---

[1]) Unterſuchung zweier verwandter Rechtsfragen: 1) ob ein in gewiſſer Sache eingeſetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beſchränkung eingeſetzten als Legatarius anzuſehen ſei? — vom Poſtdirektor Hennemann in Schwerin. Schwerin u. Wismar 1790.

b) Sodann ſtützt er ſich für das vorjuſtinianiſche Recht auf das oben (S. 311) angeführte, uns in dem Gregorianiſchen Codex als c. 1 C. Gr. fam. erc. erhaltene, bisher in dem vorliegenden Rechtsverhältniſſe ziemlich unberückſichtigt gebliebene Reſcript Gordian's, worin es heißt, der ex re Inſtituirte ſei ſo anzuſehen, als wäre er ohne Erwähnung der Sache eingeſetzt, allein im judicium fam. erc. ſolle er nicht mehr erhalten, als er bekommen würde, ac si ex re certa heres institui potuisset. Dieſes Reſcript habe nun gerade nur einen Fall der Conkurrenz eines heres ex re certa mit gehörig Eingeſetzten vor Augen; daß nämlich der Letztere überhaupt noch wenigſtens einen Miterben gehabt habe, zeige die Erwähnung des jud. fam. erc., und daß dieſer Miterbe nicht ebenfalls als ex re inſtituirt angenommen werden dürfe, erhelle (abgeſehen davon, daß der heres ex re certa im Singular genannt ſei) aus der Entſcheidung, denn dieſe habe ſonſt dahin lauten müſſen, daß jeder ſeine res vorweg nehme, und der Ueberreſt der Erbſchaft ihnen gemeinſchaftlich gehöre. Aus dem Reſcripte Gordian's erhelle nun, daß der heres ex re certa institutus Erbe ſei, und zwar dieß auch den Miterben gegenüber, das beweiſe ſeine Zulaſſung zum judicium fam. erc.; es erhelle ferner, daß er Erbe auf die res ſei, dieſelbe alſo nicht titulo singulari erhalte, denn da er (detracta re als Erbe gerufen) die res mit der ganzen Erbſchaft von Anfang an jure heredis habe, ſo ſei nicht einzuſehen, wie ihm dieſelbe dadurch, daß er im jud. fam. erc. auf ſie beſchränkt werde, titulo singulari zu gehören anfangen ſolle; das judicium fam. erc. habe Erbtheilung zum Gegenſtande, er bekomme alſo die res erbvertheilungshalber, mithin als Erbtheil [2]), wie ja jeder Miterbe,

---

[2]) Mit Rückſicht darauf, daß der ex re-Inſtituirte als Erbe gelte, wie wenn er ohne Beſchränkung eingeſetzt ſei, und die rei mentio nur für die Erbtheilung in Betracht komme, ſtellt Hennemann außer andern Folgen den, vor ihm noch von Niemanden behaupteten, Satz auf: bei Wegfall auch nur eines oder einiger der gehörig Eingeſetzten participire neben den

auch der unbeschränkt eingesetzte, bei vollständiger Erbtheilung seine Erbportion in bestimmten Sachen erhalte.

Justinian's Verordnung (c. 13 C. de her. inst.) erklärt sodann Hennemann in einer ganz neuen Weise. Vor Allem will er den Hauptanstoß, die Worte quos legatariorum loco haberi certum est dadurch entfernen, daß er sie gar nicht auf den heres ex re certa institutus mitbezieht. Im Eingange der Verordnung stelle nämlich der Kaiser zwei in Anordnung wie in rechtlicher Wirkung ganz verschiedene Zuwendungen von res certae zusammen; er nenne:

1) diejenigen Honorirten, qui certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt. Das wären aber solche, welche überhaupt nicht zu Erben eingesetzt, sondern statt der ihnen gebührenden Erbeseinsetzung (so müsse man das pro sua institutione verstehen), auf bestimmte Sachen angewiesen seien. Dabei denke nämlich Justinian an die Notherben, denn diesen habe man vor Nov. 115 den Pflichttheil auch titulo singulari, durch Legat oder Geschenk, hinterlassen können[3]). Die so Honorirten kämen allerdings und natürlich als bloße Legatare in Betracht, und nur sie habe der Kaiser mit den, überdieß gerade hier unmittelbar folgenden, Worten quos — certum est, gemeint.

2) Diejenigen, welche ex re certa scripti sunt heredes. Diese allein seien ex re eingesetzt, daß aber auf sie die Worte quos etc. gar nicht bezogen werden dürften, rechtfertige sich nicht nur grammatisch[4]), sondern auch durch Folgendes:

---

noch übrigen Unbeschränkten auch der ex re Instituirte an dem jus accrescendi.

[3]) Bereits Mühlenbruch (in Glück Commentar Bd. XL S. 175) bemerkt hiergegen, daß schon nach Pandektenrecht die Söhne förmlich enterbt oder eingesetzt werden mußten, und es nur dann, wenn dieß geschehen war, zur Ausschließung der quer. inoff. test. genügte, ihnen den Pflichttheil mittelst Legats zuzuwenden.

[4]) Besonders müsse man auch, sagt Hennemann, erwägen, daß

Justinian hätte sonst (welche Consequenz doch gewiß weder Leyser noch sonst ein Jurist wolle) den heres ex re certa überall, auch ohne Conkurrenz gehörig Eingesetzter, zum Legatar gestempelt, denn erst nach den Worten quos — certum est heiße es weiter: alii vero ex certa parte vel sine parte u. s. w., sodann enthalte der Ausdruck: certum est offenbar nicht eine neue Sanktion, sondern eine zu den Vordersätzen der Verordnung gehörende Versicherung von etwas schon bisher Geltendem; bisher sei aber, wenn man nur jenes Reskript Gordian's im Auge behalte, gerade die Erbenqualität des ex re Eingesetzten außer Zweifel gewesen, und eben dieselbe setze Justinian für den heres ex re certa noch lange nach c. 13 cit. durch die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. voraus.

Den Zweck der const. 13 cit. setzt Hennemann in Entscheidung einer Streitfrage. Rücksichtlich der beiden (soeben unten 1 und 2 getrennten) Honorirten sei es unter Justinian streitig gewesen, ob ihnen bei Conkurrenz gehörig Eingesetzter ein aktiver und passiver Antheil an den actiones hereditariae beizulegen sei? Für die Bejahung dieser Frage habe sich sagen lassen: der heres ex re certa scriptus sei vermöge seiner Einsetzung wahrer Erbe, derjenige aber, welcher certis rebus pro sua institutione contentus sein solle, erhalte, obwohl nicht instituirt, die Sache doch als ein Surrogat der ihm gebührenden Einsetzung und seines Pflichttheils. Für die Verneinung habe Folgendes gesprochen: Derjenige, welcher

---

man zu Justinian's Zeit noch keine Kommata in heutiger Bedeutung gehabt, sondern was zusammengehörte und zusammen zu lesen gewesen, in einen Versikel geschrieben und den Versikel da habe aufhören lassen, wo zu pausiren gewesen; wahrscheinlich sei also der Anfang des Gesetzes etwa so geschrieben gewesen:

Quoties certi quidam —
ex re certa scripti sunt heredes —
vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est —

certis rebus pro sua institutione contentus sein solle, sei anerkannt bloßer Legatar, und den heres ex re certa institutus betreffend, habe man bei seiner Beschränkung auf eine gewisse Sache den gehörig eingesetzten Miterben nach Billigkeit als einen solchen ansehen können, welchem im Testamente stillschweigend die übrige Erbschaft, und damit die Aktiv- und Passivklagen zugetheilt worden seien. Wenn nun schon der Theilungsrichter einem der Erben die Forderungen und Schulden mit der Wirkung ausschließlich zuweisen könne, daß dieser die Klagen auf das Ganze, theils in eigenem Namen, theils als Prokurator seiner Miterben, anstellen dürfe, und ebenso solche übernehmen müsse (fr. 3 D. fam. erc.)[5]), so dürfe dieselbe Wirkung noch unzweifelhafter da eintreten, wo der Erblasser selbst durch die Erbeseinsetzung stillschweigend erklärt habe, einer der Erben solle die ganze Erbschaft, eine res certa ausgenommen, mithin auch die Aktiv- und Passivklagen erben. In dem dispositiven Theile der c. 13 cit. habe nun Justinian durch die Bestimmung, daß die actiones hereditariae lediglich die gehörig Eingesetzten angehen sollen, den genannten Streit entschieden; dieß zeige der Ausdruck decernimus, ja das Jahr der Verordnung, die Person, an die sie gerichtet, mache glaubhaft, daß sie zu den 50 decisiones gehöre. Durch diese Entscheidung — das einzige Neue und Dispositive in der Verordnung — sei aber der heres ex re certa institutus keineswegs zu einem Legatar herabgesetzt worden, es verbleibe im Uebrigen ganz bei dem früheren Verhältnisse.

Es ist nun anzuerkennen, daß Hennemann durch das Hereinziehen jenes Gordianischen Reskriptes die Sache sehr gefördert hat. Dagegen unterliegt seine Ansicht selbst und die ihr

[5]) Hiergegen hebt Mühlenbruch a. a. O. Seite 174 Note 13 mit Recht hervor, daß weder der Theilungsrichter noch eine Vereinbarung der Miterben das von Justinian bezüglich der act. her. festgesetzte Verhältniß herbeizuführen im Stande ist, indem (wie aus dem Schlusse des fr. 3 D. fam. erc. erhellt) an eine Zuweisung von Schulden an einen der Erben die Gläubiger keineswegs gebunden sind.

gegebene Begründung den erheblichſten Bedenken. Vor Allem die Behauptung, der Eingeſetzte erhalte die res erbvertheilungshalber als wirkliche Erbportion; dieß folgt weder aus der Zuweiſung der res durch das jud. fam. erc. (denn dieſes jud. hat gelegentlich der eigentlichen Erbtheilung auch die Auseinanderſetzung noch anderer Anſprüche unter den Miterben zum Gegenſtande), noch iſt es mit der juriſtiſchen Bedeutung des heres zu vereinigen, denn es entſtünde ja hier geradezu das überall ſonſt von dem Römiſchen Rechte auf das ſorgfältigſte vermiedene Reſultat, daß der Eingeſetzte auch juriſtiſch ein wahrer heres ex re certa wäre; dieß hier anzunehmen, dazu bedürfte es weit beſtimmterer Beweiſe, und ſagt nicht Gordian ſelbſt: ac si ex re certa institui potuisset? — Dann aber, Juſtinian's c. 13 C. de her. inst. anlangend, erſcheint zunächſt der Verſuch, die Worte legatariorum loco (welche überdieß vielleicht unſchuldiger und mit Erbenqualität verträglicher ſind, als Hennemann ohne weitere Prüfung fürchtet) von denjenigen, qui ex re certa scripti sunt heredes abzulenken, ſchon auf den erſten Blick nicht wohl haltbar, und daß der Zweck der Verordnung in Entſcheidung einer Streitfrage beſtanden habe, wird doch in der That nur ſupponirt, die für Bejahung und Verneinung der behaupteten Streitfrage den Römiſchen Juriſten gleichſam in den Mund gelegten Gründe tergiverſiren auch ſo ſtark, daß es ganz unglaublich iſt, die Römer hätten das Verhältniß, wie dieſes auch geweſen ſein mag, ſo willkührlich herüber- und hinübergeſchoben. Die Stellung der const. 13 cit. zu dem früheren Rechte muß daher wohl eine andere als die von Hennemann behauptete ſein.

VI. In dem gegenwärtigen Jahrhunderte ſind eigentlich neue Meinungen nicht mehr aufgeſtellt worden, wohl aber theilt man ſich auf außerordentlich verſchiedene Weiſe in die bereits vorhandenen.

1) Zunächſt mehrt ſich die Zahl Derjenigen, welche dieſen heres in jeder Beziehung für einen wahren Erben halten, der

ſich nur durch die Singularität auszeichne, daß die ihm zugewieſene res ſeine Erbportion bilde, wonach er allerdings darin mit einem Legatar verglichen werden könne, daß er nur eine beſtimmte Sache bekomme, keineswegs aber auch darin, wie er dieſelbe bekomme; er bekomme ſie titulo hereditario. In dieſem Sinne ſprechen ſich, wiewohl in der Ausführung verſchieden, aus: Volkmann in einer eignen Diſſertation (de heredibus e re certa scriptis, praes. Einert, Lips. 1827), Glück, Erläut. der Pand. Bd. XXXIV S. 360 ff.*), Meyer in Schweppe's Handb. §. 810 Note 7, und vorübergehend, mehr bloß zur weiteren Anregung andeutend Franke, Recht der Notherben S. 338 f., ebenſo ganz neuerdings Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. III S. 417 Note 21. Beſondere Verbreitung erhält dieſe Anſicht durch v. Vangerow (Lehrb. der Pand. Bd. II §. 449, Anm. 2); dieſer ſtimmt zugleich der Art und Weiſe bei, wie Hennemann die Worte der const. 13 cit. „vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt“ verſteht, und lediglich auf die ſo Honorirten die weiteren Worte „quos legatariorum loco haberi certum est“ bezieht. Dabei bemerkt er noch, der vollen Strenge nach hätte man zwar ſagen müſſen, der ex re Inſtituirte erhalte die res als Prälegat, ſei aber im Uebrigen ſo anzuſehen, als wäre er sine parte inſtituirt; indeſſen ſei dieß dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers wenig entſprechend geweſen, und ſo ſcheine man ſchon frühe dieſe ſtrenge Anſicht verlaſſen zu haben. Wenigſtens werde ſchon in jenem Reſcripte Gordian's es als etwas Unzweifelhaftes hingeſtellt, daß ein ſolcher Erbe nichts als die res certa erhalten dürfe, wobei aber doch die Erbenqualität deſſelben ſehr beſtimmt anerkannt werde. Mehr als dieſes Reſcript ſage nun

*) Früher, in Bd. IX S. 187 Note 33, hatte ſich Glück der Meinung Derjenigen angeſchloſſen, welche unſeren heres für einen reinen Legatar halten.

auch im Wesentlichen Justinian's Verordnung nicht, und gerade dadurch erhalte die von v. Vangerow vertheidigte Ansicht eine Bestätigung, denn sowenig Gordian mit der von ihm bemerkten Beschränkung des heres ex re certa die Erbenqualität desselben unvereinbar fände, so wenig könne dieß bei Justinian der Fall gewesen sein.

2) Die Meinung betreffend, daß unserem Eingesetzten zum Theile die Eigenschaften eines Erben, zum Theile die eines Legatars zukämen, findet zwar allerdings das dafür ursprünglich von Bartolus aufgestellte, sowie das spätere Leyser'sche Princip wenig oder gar keinen Anklang mehr, wohl aber entstehen neue Begründungsversuche dieser Ansicht. Hervorzuheben ist hier Mühlenbruch; nachdem er früher seine Ansicht mehrmals gewechselt hatte [7]), spricht er sich in der Fortsetzung des Glück'schen Commentars Bd. XL S. 169 ff. bei Erläuterung des Pandektentitels de heredibus instituendis dahin aus: Justinian habe in const. 13 cit. einen Streit der römischen Juristen entschieden, seine Entscheidung sei indessen wenig bestimmt; wenn er es als ausgemacht hinstelle, daß der ex re Eingesetzte als Legatar gelte, so möge auf sich beruhen bleiben, ob dieß in der That so festgestanden habe, gewiß aber sei, daß der Kaiser diesen Eingesetzten damit nicht in aller und jeder Beziehung als einen bloßen Legatar bezeichnen wolle, vielmehr sei die Sache wohl so aufzufassen: er sei in ähnlicher Art wie ein Prälegatar Erbe und Vermächtnißnehmer zugleich, nur daß er von den Miterben Alles erhalte, während der wirkliche Prälegatar nur soweit Legatar sei, als er das prälegirte Objekt von seinen

---

[7]) In der Doctr. Pand. Vol. III §. 666 not. 5 erklärte er den heres ex re certa neben gehörig Eingesetzten in allen Beziehungen für einen Legatar, später, in Glück Com. Bd. XXXVI S. 353 Note 93 gibt er (bei der Frage, ob der Notherbe auf ein res certa instituirt werden dürfe) der entgegengesetzten Ansicht den Vorzug, jedoch nur mit der generellen Bemerkung, dieser Eingesetzte höre im Allgemeinen nicht auf, Erbe zu sein.

Miterben erhalte, was indeſſen keinen weſentlichen Unterſchied begründe, da die Erbeseinſetzung an ſich bekanntlich unabhängig davon ſei, was, wieviel, und ob überhaupt etwas aus dem Vermögen an den Erben komme; — und wenn er gleich ſeine Sache als Singular-Succeſſor bekomme, ſo nehme er doch, jenem Reſcripte Gordian's zufolge, als Erbe an dem judicium familiae Theil, genau ſo wie ein wirklicher Prälegatar. Als Folgeſätze dieſer Auffaſſung ſollen ſich außer der Beſtimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. ergeben: zum Erwerbe ſeines Rechtes ſei nichts anderes erforderlich als zu dem eines Legates, es bedürfe alſo namentlich keiner Erbſchaftsantretung, um ſein Recht zu transmittiren; er hafte nicht für die Schulden, müſſe ſich den Abzug der Falcidiſchen Quart gefallen laſſen, und ein Accrescenzrecht habe er erſt mit Wegfall aller gehörig Eingeſetzten, wie er denn überhaupt in Conkurrenz mit dieſen von allen eigentlich erbſchaftlichen Rechten, außer der Theilnahme an dem judicium fam. erc., ausgeſchloſſen ſei [8]).

3) Der Zahl der Schriftſteller nach erſcheint immer noch am meiſten vertreten die Anſicht, daß der heres ex re certa

---

[8]) Ebenſo hat eine gemiſchte, im Grunde an das Princip des Bartolus erinnernde Anſicht Elvers in deſſen Themis, neue Folge, Bd. I S. 225 ff., 234, 277 (Abhandlung über das Notherbenrecht, insbeſondere der Tochterkinder). Er ſagt: mit Wegfall aller gehörig Eingeſetzten ſuccedire der heres ex re certa in die universitas, gewiſſermaßen hierauf für dieſen Fall bedingt inſtituirt; dagegen neben den gehörig Eingeſetzten ſei er zwar einerſeits successor in singulam rem, und ſomit (alſo respectu rei, wie Bartolus ſagt) nur als Legatar anzuſehen, andererſeits aber ſei er doch, weil ihm der Teſtator den Namen heres gegeben, und ihn inſtituirt habe, ein wahrer heres, als ſolcher fordere er die res in dem judicium fam. erc. — Gerade darum, und weil die causa institutionis benigne zu beurtheilen ſei, habe ein Notherbe wohl ſchon im älteren Rechte gültig ex re certa neben gehörig Eingeſetzten inſtituirt werden können, Juſtinian habe daher in dieſer Beziehung in Nov. 115 cap. 5 pr. (wo zwar nur von dem heres certis rebus contentus esse jussus die Rede ſei, was aber gewiß auch auf den eigentlichen heres ex re certa scriptus gehe) nichts wirklich neues beſtimmt.

institutus neben gehörig Eingesetzten in jeder Beziehung als ein reiner Legatar zu betrachten sei, wobei sich fortwährend die alte Meinungsverschiedenheit bezüglich der Frage zeigt, ob derselbe nicht wenigstens bei dem Wegfalle der gehörig Eingesetzten als Erbe auf das Ganze gerufen werde. Unter den Anhängern dieser reinen Legatentheorie ist besonders hervorzuheben Arndts (in Weiske's Rechtslexikon, Bd. III S. 924 s. v. Erbeseinsetzung) und v. Löhr (in v. Linde's Zeitschrift Bd. XIX, Abhdl. N. III) *).

Ersterer nämlich geht zugleich näher, als dieß gewöhnlich geschieht, auf das Verhältniß von Justinian's const. 13 cit. zu jenem Rescripte Gordian's ein, in folgender Weise: allem Anscheine nach enthalte const. 13 cit. eine wirkliche Neuerung, denn nach älterem Rechte sei, wie aus Gordian's Rescripte erhelle, unser heres immer ein eigentlicher Erbe gewesen deducta re, nur daß er im judicium fam. erc. habe genöthigt werden können, sich mit der res certa zu begnügen; ipso jure hätten ihm also doch damals pro rata die actiones hereditariae zugestanden, er habe sie nur den Miterben cediren müssen, und ebenso habe er von den Erbschaftsgläubigern belangt werden

*) Außerdem gehören aus dem gegenwärtigen Jahrhunderte namentlich folgende Schriftsteller hierher: Kind, quaest. for. (ed. 2) tom. II quaest. 61 pag. 260. Hufeland, Lehrb. des Civilr. Bd. II, S. 144. v. Hartitzsch, Erbrecht, §. 83 Note e. Warnkoenig, comm. jur. civ. priv. rom. tom. III lib. 5 c. 2 §. 1003. Thibaut, Pandektenrecht §. 820. v. Wening-Ingenheim gem. Civilr. Bd. III §. 426 a. E. Hunger, Röm. Erbr. S. 254 Note 3. Göschen, Vorles. Buch V, §. 835 S. 153. Mayer, Erbr. Bd. I §. 19 Note 6. Roßhirt, gem. deutsches Civilr. Bd. III S. 588 a. E. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. II S. 610. Burchardi, Syst. u. innere Gesch. des röm. Privatr. §. 331 Note 14. Puchta, Vorles. über das heut. R. R. Bd. II §. 473 Nummer 2. Seuffert, prakt. Pandektenrecht §. 593 Note 19. v. Buchholtz, Prälegate S. 252 Note 39. — Auch in der Praxis zeigt sich die Legatentheorie als anerkannt, Strippelmann, neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel. Theil VI, Heft 1 S. 140 ff. —

können, wobei nur die Miterben seine Vertheidigung zu übernehmen gehabt hätten, ohne daß sie aber (arg. fr. 2 §. 3, fr. 3 D. fam. erc.) im Stande gewesen seien, ihn auf solche Weise direkt von den Ansprüchen der Gläubiger zu befreien. Justinian habe nun in const. 13 cit. verordnet, daß mit Vermeidung aller Umwege schlechthin nur die nicht auf bestimmte Sachen Eingesetzten Theil an den actiones hereditariae haben, d. h. also, daß nur sie allein als Erben in universum jus succediren sollten.

Löhr ist der neueste Schriftsteller, welcher in einer besonderen Abhandlung der reinen Legatentheorie ihr altes Ansehen gegenüber den neueren abweichenden Ansichten zu erhalten gesucht hat. Indem er die von Hennemann behauptete juristische Verschiedenheit der beiden im Eingange von const. 13 cit. genannten Fälle verwirft, indem er ferner auf das Gefährliche der Vangerow'schen Consequenzen der Hennemann'schen Ansicht für den Fall einer überschwerten Erbschaft, auf das Unstatthafte des von Hennemann (s. oben Seite 329 Note 2) behaupteten Accrescenzrechtes, sowie auf das juristisch Unhaltbare der Leyser'schen Doppelnatur des heres ex re certa aufmerksam macht, stützt er sich auf folgendes: es fehle diesen Instituirten gerade das Charakteristische der Erbenqualität, der Uebergang von Forderungen und Schulden, durch successio in rem singulam könne keine Repräsentation begründet werden; die dürren Worte Justinian's: quos legatariorum loco haberi certum est sprächen deutlich für die Legatentheorie, und c. 13 C. cit. sei in der That die einzige, unsren Fall betreffende Stelle, indem jenes Rescript Gordian's weder recipirt noch seinem Falle nach kenntlich sei; die institutio ex re certa überhaupt sei als etwas Ungehöriges angesehen worden, und da selbst in dem Falle, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt seien, diese res nur als Prälegate behandelt würden, so könnten sie auch hier nur als Legate gelten. — Daß schon im älteren Rechte nach fr.

Digitized by Google

19 D. de lib. et post. (s. oben S. 50), und in dem Justinianeischen Rechte nach Nov. 115 cap. 5 pr. dem Rechte des Notherben auf Institution auch durch institutio ex re certa Genüge geschehe, sei ohne Bedeutung, da dieß nur aus Rücksicht der Billigkeit geschehe, da es sich ferner hier nur um eine Form handle, und beide Stellen ohnehin ganz unbestimmt seien, d. h. aus ihnen nicht erhelle, ob und in welcher Art daneben noch Andere eingesetzt seien. — Daß der heres ex re certa bei dem Wegfalle der gehörig Eingesetzten zur Erbschaft gerufen werde, beruhe ebenfalls auf keinem sicheren Fundamente, es lasse sich höchstens dadurch rechtfertigen, daß man auf den vermuthlichen Willen des Erblassers (also auf Annahme einer bedingten Institution für diesen Fall), und auf den dem Accrescenzrechte zu Grunde liegenden Satz zurückgehe, wonach dann, wenn ein Erbe wegfalle, Alles so zu behandeln sei, als wäre derselbe schon ursprünglich nicht dagewesen.

Hiernach bietet der gegenwärtige Standpunkt der Theorie drei Hauptgruppen von Ansichten über die rechtliche Gestaltung des neben gehörig Eingesetzten auf eine res certa Institutirten dar. Nach der einen ist er in jeder Beziehung ein bloßer Legatar, jedoch herrscht hier Meinungsverschiedenheit darüber, wie es bei dem Wegfalle der gehörig Eingesetzten zu halten sei; nach der zweiten ist er in jeder Beziehung Erbe, nur ausgezeichnet durch die Singularität, daß nicht eine pars hereditaria, sondern die res certa seine Erbportion bildet; nach der dritten ist das Verhältniß ein gemischtes, er hat in manchen Beziehungen die Eigenschaften eines Erben, in andern die eines Legatars.

Jene erste Meinung scheint sich, als den Grundsätzen über die Natur der Zuwendung einer res singula entsprechend, am meisten zu empfehlen, allein näher betrachtet beweisen die für sie vorgebrachten Gründe doch nur, daß der Institutirte nicht Erbe

auf die res certa ſein könne; das völlige Läugnen ſeiner Erbenqualität iſt aber weder mit c. 13 C. de her. inst. ſelbſt (wie konnte ihm noch ein beſonderes Edikt die Theilnahme an den act. hereditariae abſprechen, wenn er bereits vorher anerkanntermaßen als bloßer Legatar galt!), noch mit anderen Stellen, beſonders mit Nov. 115 cap. 5 pr. in Einklang zu bringen; und auch das Verhältniß nach allgemeinen Grundſätzen betrachtet, erhebt ſich das Bedenken, ob es denn ſo ohne weiteres thunlich iſt, einen Eingeſetzten, weil er (wie dieſe Meinung annimmt) überhaupt nicht Erbe ſein kann, wenigſtens als einen Legatar anzuerkennen, um nur ja die an ihn gemachte Zuwendung zu retten. — Die zweite Anſicht ſtatuirt nicht ſowohl eine Singularität, als vielmehr eine ganz unglaubhafte Abnormität. — Für die Wahrheit der dritten Anſicht endlich lebt wohl in den Meiſten ein ſtiller Glaube, allein alle bisherigen Verſuche, dieſelbe rechtlich zu fundiren, leiden an dem Mangel einer jeden mit den Principien des Erbrechts harmonirenden Conſtruktion.

So zeigt ſich denn überall ein Reſultat, losgeriſſen von aller Verwandtſchaft mit der Behandlung der beiden andern (in den früheren Abſchnitten betrachteten) Fälle der institutio ex re certa, losgeriſſen von allen erbrechtlichen Principien, einem iſolirten Punkte vergleichbar, auf welchem wir eine ganz andere juriſtiſche Vegetation, als die ſonſt auf dem Boden des römiſchen Erbrechts heimiſche, erblicken.

Und dennoch iſt die Löſung des Verhältniſſes einfach; ja in keinem andern Falle, als gerade da, wo neben dem ex re Inſtituirten gehörig Eingeſetzte vorhanden ſind, bieten die anerkannteſten Principien des Erbrechts ſo vollſtändig die Hand zur Realiſirung des Ideals der Behandlung einer institutio ex re certa, welches lautet: der Eingeſetzte ſoll Erbe ſein, bekommen aber ſoll er nur die Sache.

§. 18.

Die Ansicht des Verfassers.

Vorläufige Angabe derselben. Plan der folgenden Ausführung.

Indem wir sofort zur Lösung übergehen, fassen wir unsere Ansicht in Folgendes zusammen.

Auch die neben gehörigen Einsetzungen angeordnete institutio ex re certa ist eine an sich ungehörige, und darum eigentlich ungültige Verfügung, allein es wird die in ihr ausgesprochene voluntas testatoris möglichst aufrechterhalten, und zwar dieß ganz mit Anschluß an die Behandlung, welche wir für die beiden vorigen Fälle der institutio ex re certa (Abschnitt 1 und 2) als maaßgebend gefunden haben.

Vor Allem wird, als das wichtigste, die Erbenqualität gerettet, durch Detrahiren der rei mentio wie bei jeder institutio ex re certa; nunmehr erscheint der Instituirte als ein heres sine parte scriptus, gerufen auf eine pars hereditaria, diese ist seine Erbportion. Zugleich wird aber auch die seiner Einsetzung beigefügte Beschränkung auf die res certa aufrecht erhalten, die rei mentio bleibt für den Effekt des Bekommens beachtet, indem in ihr verba fideicommissaria doppelten Inhalts angenommen werden: der Instituirte hat die ihm detracta re künstlich geschaffene pars hereditaria als ein Universal-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten zu restituiren, er selbst aber erhält die res certa als Vermächtniß.

Diese Restitution der detracta re geschaffenen pars hereditaria muß nun eigentlich in Wirklichkeit vorgenommen werden. Ist dieß geschehen, dann bleibt der heres ex re certa zwar Erbe, allein das Vermögen anlangend tritt er, in keiner Weise mehr praktisch als Erbe behandelt, aus dem ganzen Verhältnisse wie ein Vermächtnißnehmer (legatarii loco) hervor; solange dagegen jene Restitution noch nicht erfolgt ist, hat er,

wie jeder Fiduciar vor restituirter Erbschaft, aktiven und passiven Antheil an den actiones hereditariae, nach Verhältniß seiner pars hereditaria. So war es in der That bis Justinian.

Dieser bestimmt aber in c. 13 C. de her. inst. das allerdings neue und singuläre, aber durchaus nicht anomale, daß, da neben gehörig Eingesetzten der heres ex re certa institutus im Effekte des Bekommens doch einmal nur legatarii loco ist, die actiones hereditariae von vornherein nur die Ersteren angehen sollen. Hierdurch fällt eine wirkliche Vornahme der Restitution jenes Universal-Fideikommisses weg, es ist so anzusehen, als sei schon von vornherein kraft Gesetzes die Restitution geschehen.

Im Uebrigen hat Justinian an dem früheren Rechte nichts geändert, es verbleibt noch im neuesten Rechte bei der oben angegebenen Construktion.

Die Wahrheit der soeben aufgestellten Behauptungen ist jetzt zu beweisen. Für diesen Zweck soll folgender Gang einer genaueren Untersuchung gewählt werden.

Vorerst betrachten wir die grundsätzliche Gestaltung des Verhältnisses abgesehen von Justinian's c. 13 C. cit., nicht etwa wie sie vor dieser Constitution galt, denn auch auf spätere Quellenzeugnisse, wie namentlich auf Nov. 115 cap. 5 pr. ist dabei Rücksicht zu nehmen, wir behandlen vielmehr die Sache zunächst so, als existirte diese Constitution gar nicht; dann erst gehen wir in einer abgesonderten Erörterung auf die Interpretation von Justinian's c. 13 C. cit. über, ermitteln, was sie bestimmt, und wie sie sich zu dem früheren Rechte verhält. Der erste Fehler nämlich, welcher die richtige Einsicht in das ganze Verhältniß bisher immer getrübt hat, besteht unsres Ermessens gerade darin, daß man die soeben hervorgehobene Scheidung unterlassen, und meist an die Spitze der Untersuchung diese Verordnung gestellt hat, als ließe sich aus ihr Alles er-

klären. Sie betrifft aber denn doch in ihrem dispositiven Theile nur einen einzigen Punkt (die actiones hereditariae), wie vermag derselbe einen Aufschluß über das Gesammtverhältniß zu geben? und wenn sie in ihrem einleitenden Theile unseren heres dahin charakterisirt, er sei anerkannterweise legatarii loco, so läßt sich der Sinn auch dieser Aeußerung nicht wohl lediglich aus der Verordnung selbst ermitteln.

Für die Gestaltung der institutio ex re certa abgesehen von Justinian's c. 13 cit. haben wir wiederum zwei Hauptmomente zu trennen: die Aufrechterhaltung der Erbenqualität, und die Beschränkung auf die res certa. — Es ist ein weiterer Fehler der seitherigen Auffassungen, daß man hier den heres ex re certa, die institutio ex re certa, weil im Sinne des Erblassers der Ausdruck eines einzigen Gedankens, meist auch der rechtlichen Behandlung nach als etwas unzertrennliches angesehen hat; gerade hierdurch entstanden mitunter so völlig constructionslose Resultate, indem man häufig glaubte, für die Gestaltung des ganzen Verhältnisses mit einem einzigen Gesichtspunkte auszureichen, während doch die Realisirung eines jeden der beiden genannten Momente einer besonderen Construktion bedarf, wie wir ganz dasselbe bereits in den Fällen des ersten und zweiten Abschnittes erfahren haben.

Zuletzt, nach Darlegung der grundsätzlichen Auffassung (sowohl des Rechts vor Justinian, als der durch diesen Kaiser herbeigeführten Neuerung), ist in einer Reihe von Folgesätzen zu zeigen, wie sich auf den gewonnenen Grundsatz hin das Verhältniß nach seinen Hauptrichtungen im Einzelnen zu gestalten hat.

§. 19.

I. Der Grundsatz. A. Das Recht abgesehen von Justinian's c. 13 C. de her. inst.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Zwei Punkte sind hier gesondert darzuthun: daß der neben gehörig Eingesetzten ex re certa Instituirte wirklich als Erbe gilt, und wie er als Erbe gilt.

I. Daß er als Erbe gilt, erweist sich

1) auch abgesehen von jedem positiven Zeugnisse schon daraus, daß wir in den übrigen Fällen der institutio ex re certa (Abschnitt 1 und 2) gerade die Aufrechterhaltung der Erbenqualität als das wichtigste, als den Schwerpunkt der ganzen Behandlung dieser Verfügungen kennen gelernt haben. Derselbe Gesichtspunkt muß auch hier maaßgebend sein. Denn auch in dem gegenwärtigen Falle setzen wir natürlich eine solche Verfügung voraus, bei welcher die Absicht des Erblassers unzweifelhaft auf Erbeseinsetzung, nicht auf Zuwendung eines bloßen Vermächtnisses gerichtet war.

Frei machen müssen wir uns daher vor Allem von der, allerdings dem heutigen Leben mehr zusagenden Anschauung, als gehe der hauptsächliche Wille des Erblassers auf Zuwendung der res certa, als habe er mithin die Verfügung im Grunde doch nur als ein Vermächtniß gemeint, oder als sei dieselbe, wenn auch als Erbeseinsetzung gemeint, doch juristisch als bloßes Vermächtniß zu behandlen, um nur ja zu bewirken, daß der Honorirte die res, und nur die res bekomme. Wir müssen uns vielmehr auf den römischen Standpunkt erheben, und den hohen Werth vor Augen behalten, welchen das römische Leben und Recht ganz abgesehen von materiellem Bekommen auf die Bedeutung des heres, und der heredis institutio legt.

Im Geiste dieser Anschauung konnte das römische Recht, nachdem es einmal entschlossen war, die Verfügung von ihrer eigentlichen Ungültigkeit zu retten, über die Art ihrer Aufrecht-

erhaltung nicht zweifelhaft sein; als Erbeseinsetzung mußte sie aufrecht erhalten werden, denn einen heres hatte der Testator gemeint, nicht einen Legatar. Behandeln der Verfügung als bloßes Vermächtniß — selbst wenn dieß juristisch construirbar gewesen wäre — hätte dem vergleichsweise Untergeordneten das Wesentliche zum Opfer gebracht, man hätte mit bloßem materiellen Vortheile da abgefunden, wo von dem Erblasser zugleich hohe Ehre gemeint war [1]). — Wir verweisen in dieser Beziehung ausdrücklich auf das deßfalls bereits früher (Seite 25 — 35) Ausgeführte; die Tragweite jener Ausführung erstreckt sich auf den obersten Gesichtspunkt in Behandlung eines jeden Falles der institutio ex re certa.

2) Das bis jetzt aus der voluntas testatoris und aus der hohen Bedeutung der heredis institutio Gefolgerte stimmt denn auch mit den Quellen auf das Vollständigste überein.

In dem Rechte abgesehen von Justinian's const. 13 Cod. de her. inst. findet sich keine einzige Stelle, welche auch nur im Entferntesten darauf hinweist, daß der heres ex re certa institutus dann, wenn Andere neben ihm in gehöriger Weise eingesetzt sind, ein bloßer Legatar sei, vielmehr wird in allen hierher gehörigen Stellen die Erbeneigenschaft desselben theils ausdrücklich ausgesprochen, theils als etwas Anerkanntes vorausgesetzt.

---

[1]) Wenn man das Hauptgewicht auf das materielle Bekommen legt, dann allerdings scheint sich jene obige (Seite 319 ff.) Deduction des Donellus zu empfehlen, allein dieselbe leidet an zwei wesentlichen Fehlern: 1) sie entbehrt aller römischen Anschauung, indem sie die hohe Bedeutung der heredis institutio gänzlich ignorirt; 2) sie hält es für geradehin thunlich, eine Erbeseinsetzung, wenn sie als solche nicht bestehen kann, wenigstens als bloßes Vermächtniß zu retten. Dieß ist aber denn doch so ohne weiteres selbst nach der allerfreiesten Fideicommißtheorie so wenig statthaft, als ein ganzes Testament, wenn es als solches nicht gelten kann, ohne Hinzutreten besonderer Gründe wenigstens als Codicill aufrecht erhalten werden darf. — Beide Bemerkungen stehen von vornherein überhaupt der Ansicht entgegen, welche unseren Eingesetzten für einen bloßen Legatar erklärt.

Zunächſt ſind nicht ohne Bedeutung einige, ſchon früher in anderen Rückſichten erörterte Stellen, welche, wie wir zugeben, nicht gerade ſpeciell und ausſchließlich unſeren Fall, ſodann mehr oder weniger die institutio ex re certa überhaupt vor Augen haben, aber eben darum ohne Zweifel auch auf den gegenwärtigen Fall derſelben mit zu beziehen ſind.

Hierher gehört:

a) die Aeußerung Ulpian's in fr. 35 pr. D. de her. inst.: „dicebam receptum esse, rerum heredem institui posse.“ Bereits oben (S. 58 — 63) haben wir dargethan, daß dieſe Worte allerdings nicht, wie Manche wollen, ausſchließlich gerade auf den Fall, wenn neben dem heres ex re certa Andere gehörig eingeſetzt ſind, ſondern jedenfalls auf den der Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae bezogen werden müſſen. Hier aber iſt die weitere Behauptung hinzuzufügen, daß es durchaus keinen Anſtand hat, ſie zugleich auf den erſteren Fall mit zu beziehen, es war ſicherlich Ulpian's Abſicht, mit jener Aeußerung eine allgemeine Characteriſtik der Behandlung einer institutio ex re certa zu geben, wenigſtens für die Fälle, in welchen der heres ex re certa Miterben hat. Dieß beweiſt die allgemeine Faſſung jener Worte; hätte, wenigſtens zu Ulpian's Zeit, der neben gehörig Eingeſetzten auf eine res certa Inſtituirte nicht als heres, ſondern als bloßer Legatar gegolten, ſo würde für dieſen Juriſten die Veranlaſſung ſehr nahe gelegen haben, dieß ausdrücklich zu erwähnen, mindeſtens wäre ſeine ganz allgemein gehaltene Ausdrucksweiſe höchſt auffallend. — Daß übrigens mit den Worten „rerum heredem institui posse“ die Aufrechterhaltung der Verfügung als wahrer Erbeseinſetzung gemeint iſt, erhellt aus dem ganzen Inhalte des fr. 35 cit.

b) Ferner gehört hierher eine ebenfalls bereits früher (S. 50—53), und zwar dort bezüglich der exheredatio rei certae erörterte Stelle, betreffend die gehörige Exheredation oder Inſtitution der sui heredes: fr. 19 D. de lib. et post. (28. 2).

Der Vater hatte seine filia als heres ex asse instituirt, dem filius in potestate aber decem legirt mit dem Zusatze: in cetera parte exheres mihi esto; diese Exheredationsweise wird von Scävola für ungültig erklärt, dabei aber heißt es: aliam causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae. — Eine institutio ex re certa wird also für das Recht des filius als genügend erklärt. Daß dieß auch für den Fall gesagt ist, wenn neben ihm ein Anderer gehörig eingesetzt ist, wird um so zweifelloser, da ja gerade ein solcher Fall für die exheredatio in Frage stand, da wir also die Worte aliam causam u. s. w. sehr wohl dahin verstehen können: das aber geht an, die filia als heres ex asse und den filius in potestate daneben ex re certa zu instituiren. Indessen selbst zugegeben, daß jene Aeußerung ganz allgemein dahin zu verstehen sei, eine institutio ex re certa genüge für den filius, so muß dieselbe eben darum auch für den gegenwärtigen Fall gelten.

Man hat nun wohl eingewendet, der Umstand, daß für das Recht des filius eine institutio ex re certa, selbst neben gehörigen Einsetzungen Anderer, genüge, geschehe (wie es ja auch ausdrücklich heiße: quae benigne acciperetur) aus bloßer Billigkeit, namentlich da es sich nur um eine Form handele. — Allein diese Bemerkung hält eine ernstliche Prüfung nicht aus. Das alte Civilrecht fordert für den filius suus eine wirkliche Erbeseinsetzung, ein Legat soll nicht genügen; mithin kann eine institutio ex re certa nur dann zureichen, wenn sie als Erbeseinsetzung rechtlich bestehen kann; besteht sie als solche überhaupt nicht, auch nicht bei dem so eingesetzten extraneus, dann darf sie unmöglich wenigstens bei dem suus aus Billigkeit tolerirt werden; gerade wenn es sich hier nur um eine Form handeln sollte, ist um so mehr eine strenge Behandlung am Orte. Der Erbeseinsetzung des suus schadet wohl mancher Zusatz, welcher bei Einsetzung eines extraneus tadellos ist (z. B. in der Regel eine beigefügte

Suspensivbedingung, wo doch Billigkeit nichts mildert!), dagegen eine für extranei ungehörige Einsetzung schadet rücksichtlich des suus nur da nicht, wo sie auch bei extraneis trotz des vitium nicht schadet, wie beigefügte Resolutiv-Bedingung oder Zeitbestimmung [2]); so ist es auch mit der institutio ex re certa. Daß diese benigne accipitur, ist nicht so zu verstehen, als ob eine Verfügung, welche in Concurrenz mit gehörigen Einsetzungen den honorirten extraneus zu einem reinen Legatar mache, dennoch dem Rechte des filius auf Institution aus Billigkeit genüge, sondern ist zu verstehen von dem Gegensatze der, dann aber gleichviel ob für einen suus oder für einen extraneus angeordneten, institutio ex re certa zur exheredatio rei certae; der Grund des benigne accipere ist ein allgemeiner, von dem Notherbenrechte unabhängiger, er liegt in der hohen Bedeutung der heredis institutio überhaupt.

c) In Nov. 107, und zwar in cap. 1, bestimmt Justinian bei Einführung des (mit Recht so genannten) Testaments der Eltern unter Kindern, in welcher Art die auf unciae gerichteten Einsetzungen der Kinder niederzuschreiben sind, und fügt bei: si vero etiam rerum divisionem facere, vel quibusdam rebus certis omnes **vel aliquas** institutiones concludere velit, illarum quoque notas adscribat u. s. w. Wir haben diese Stelle schon oben (S. 195) bei Vergleichung der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae mit der divisio bonorum kennen gelernt, und dort gesehen, daß Julian dieselbe mit den Worten wiedergibt: sed et si res aliquas liberis suis relinquere velit, aut ex rebus certis quosdam de liberis heredes instituere maluerit, wonach also die im Drucke hervorgehobenen Worte ganz unzweifelhaft auf wahre institutiones ex re certa gehen. Nun soll uns zwar der bloße Umstand, daß Justinian die inst. ex re certa

---

[2]) Franke, Recht der Notherben, S. 45.

ſämmtlicher und die nur einiger Kinder in jenen Worten nebeneinander nennt, nicht ſchon zu der Behauptung führen, es ſeien darum beide Fälle hinſichtlich der Aufrechterhaltung der Erbenqualität nach ein und demſelben Grundſatze zu behandeln; indeſſen bleibt doch immer bemerkenswerth, wie der Kaiſer die institutio ex re certa wohl bei der in cap. 1 angegebenen Verfügung, einem Teſtamente, nicht aber auch wieder in cap. 3 erwähnt, wo er ſagt: wenn aber die Eltern eine bloße rerum divisio vornehmen wollten, ſo genüge dazu fortwährend die dafür ſchon früher (in Nov. 18 cap. 7) angegebene Form. Daß er hier nicht ebenfalls von Zuläſſigkeit der Anordnung einer institutio ex re certa wenigſtens einiger Kinder (während die andern als Inteſtaterben vorausgeſetzt würden) ſpricht, geſchieht offenbar darum, weil er als etwas Unzweifelhaftes vorausſetzt, daß eine ſolche institutio ex re certa nur in einem Teſtamente möglich ſei, dieß aber eben wieder darum, weil eine jede institutio ex re certa den Inſtituirten zum wirklichen Erben macht. —

Wollte man aber den bis jetzt angeführten Stellen kein großes Gewicht beilegen, weil dieſelben etwa nicht ſpeciell und ausdrücklich gerade den Fall hervorheben, wenn neben dem heres ex re certa institutus gehörig Eingeſetzte vorhanden ſind, ſo muß doch aller Zweifel ſchwinden, da wir in der That Stellen haben, welche ausſchließlich von dieſem Falle ſprechen.

a) Vor allem gehört hierher Nov. 115 cap. 5 pr. In cap. 3 und 4 dieſer Novelle verordnet bekanntlich Juſtinian, daß, ſofern nicht ein in dieſem Geſetze ausdrücklich angegebener Ausſchließungsgrund vorliegt, und derſelbe in dem Teſtamente namentlich angegeben iſt, Aſcendenten ihre Deſcendenten, und ebenſo Deſcendenten ihre Aſcendenten, falls ſie ein Teſtament errichten, nicht prätériren oder beziehungsweiſe exheredíren dürfen, ſie müſſen dieſelben nothwendig zu Erben einſetzen, widrigenfalls die in dem Teſtamente angeordneten Erbesein-

ſetzungen zuſammenfallen. — Darauf beſtimmt aber der Kaiſer in cap. 5 pr. weiter :

> Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur.

Daß man unter denjenigen, welche heredes genannt ſind, aber mit beſtimmten Sachen zufrieden ſein ſollen, namentlich auch die eigentlichen heredes ex certis rebus instituti verſtehen muß, folgt ſchon aus natürlicher Betrachtung, denn es iſt offenbar ein und daſſelbe, ob der Teſtator ſagt : „A ſei mein Erbe, er ſoll ſich aber begnügen mit dem fundus Cornelianus," oder ob er in Einem Satze ſagt : „A ſei mein Erbe auf den fundus Cornelianus," überdieß aber gibt Julian (Epitom. Novell. const. CVII Nr. 5 fin.) jene Worte der Novelle geradezu alſo wieder : si qui autem heredes scripti ex certis rebus jussi fuerint, ut nihil amplius quaererent, in hoc casu u. ſ. w. — Daß ferner Juſtinian gerade ſpeciell den Fall vor Augen hat, wenn Einige neben gehörig Eingeſetzten auf res certae inſtituirt ſind, erhellt daraus, daß er ſagt : si vero quidam (τινες in dem griechiſchen Texte der Novelle, qui bei Julian) heredes nominati fuerint, ſowie daraus, daß das etwa an dem Pflichttheile Fehlende von den heredes ergänzt werden ſolle, heredes werden aber hier (aus einem gleich nachher anzuführenden Grunde) die gehörig Eingeſetzten vorzugsweiſe genannt; und ſchon der Umſtand, daß das (nach Einrechnung der res certa) an dem Pflichttheil Fehlende ergänzt werden ſoll, beweiſt, daß der ex re Inſtituirte als auf die res beſchränkt vorausgeſetzt wird, was aber gerade nur für den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa eine unbedingt wahre Vorausſetzung iſt.

Meint nun Juſtinian hier gerade einen ſolchen heres ex re certa, neben welchem gehörig Eingeſetzte vorhanden ſind, ſo leidet es auch keinen Augenblick Zweifel, daß derſelbe als ein wahrer heres angeſehen werden muß. Der Kaiſer verbietet für Descendenten und Ascendenten auf das Energiſcheſte Präterition und Erberedation, er fordert wirkliche Erbeseinſetzung, ohne dieſe ſoll keine Zuwendung auf einen andern Titel hin, ſelbſt nicht das allergrößte Vermächtniß genügen [3]). In dieſen neuen Beſtimmungen Juſtinian's tritt, wie bereits früher (S. 31) bemerkt, der das römiſche Notherbenrecht beherrſchende Gegenſatz von formeller und materieller Bedenkung, die hohe Bedeutung der heredis institutio, noch einmal recht deutlich hervor. Iſt es nun zu glauben, der Kaiſer habe den energiſchen Gehalt ſeiner Neuerung ſogleich wieder in cap. 5 pr. geſchwächt durch Toleriren eines bloßen Legatars? etwa aus Billigkeit, oder weil der Teſtator denſelben wenigſtens mit dem Titel eines heres geſchmückt hat? Sicherlich genügt nur eine ſolche Verfügung, welche außer dem Erbentitel auch den rechtlichen Grundſätzen nach als wahre heredis institutio Beſtand haben kann.

Mit Recht haben daher alle Vertheidiger der Erbenqualität unſeres Inſtituirten die Beſtimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. von jeher als den unbeſtreitbarſten poſitiven Beweis ihrer Anſicht angeſehen. Bei der Stärke dieſes Beweiſes wollen wir den Leſer nicht ermüden mit einer weiteren Widerlegung der Verſuche, welche man gemacht hat, um jene Stelle zu entfernen; alle dieſe Verſuche zeigen eben nur, wie ſehr man bei einer einmal vorgefaßten Meinung die Wahrheit verkennen kann.

Ein Bedenken aber ſcheint ſich zu erheben: warum ſagt Juſtinian nicht allgemein, es genüge überhaupt eine institutio

---

[3]) Nov. 115 cap. 3 pr.: „sancimus, ne liceat — liberos in testamento suo praeterire vel exheredare, etsi qualibet donatione, vel legato vel fideicommisso, vel alio quolibet modo partem legibus illis debitam dederint, —

ex re certa, warum hebt er speciell den Fall hervor, wenn neben ihr gehörige Einsetzungen vorhanden sind? warum ferner sagt er rücksichtlich des an dem Pflichttheile des ex re Instituirten etwa Fehlenden: hoc ab heredibus expleatur, und drückt dieß, wenn anders auch der ex re Instituirte wahrer Erbe ist, nicht vielmehr dahin aus: hoc a ceteris heredibus expleatur? Man könnte geneigt sein, daraus zu schließen, der Kaiser sehe die gehörig Eingesetzten (diese sind es, welche jenem den Pflichttheil zu ergänzen haben) in der That als die alleinigen heredes an, und gerade darum hebe er ausschließlich jenen speciellen Fall der institutio ex re certa hervor, indem hier der Eingesetzte an sich wirklich ein bloßer Legatar sei, und nur rücksichtlich dieses neuen Notherbenrechts tolerirt werde, während die sonstigen Fälle einer institutio ex re certa darum nicht hervorgehoben seien, weil bei ihnen der Eingesetzte selbstverständlich und bekanntermaßen wirklich (detracta re) als heres gelte. — Um diese Bedenken zu entfernen, müssen wir vorgreifen in die Interpretation von Justinian's c. 13 C. de her. inst., oder wenigstens an dasjenige erinnern, was in dem vorigen Paragraphen vorläufig über den Inhalt dieser Constitution gesagt worden ist. Seit c. 13 C. cit. nämlich wird der ex re Instituirte im Falle wirklicher Concurrenz mit gehörig Eingesetzten von vornherein nicht mehr praktisch als Erbe behandelt, gerade darum konnte es manchen Testatoren zweifelhaft sein, ob seine Einsetzung den Bestimmungen der Nov. 115 c. 3 u. 4 genüge; diesen möglichen Zweifel will Justinian durch das in c. 5 pr. eod. Bemerkte entfernen, während für die übrigen Fälle der institutio ex re certa eine Beseitigung ähnlicher Zweifel überhaupt nicht nothwendig erschien, indem hier der Eingesetzte, gesetzt auch, er würde (wie oben Seite 94 ff.) nach der Hand legatarii loco, jedenfalls vorerst und von vornherein praktisch als Erbe behandelt wird. Derselbe Gesichtspunkt erklärt nunmehr, warum Justinian in Nov. 115 c. 5 pr. die gehörig Eingesetzten vorzugs-

weiſe und ſchlechthin heredes (nicht ceteri heredes) nennt: weil ſie ſeit c. 13 C. de her. inst. die einzigen ſind, welche von vornherein praktiſch als Erben behandelt werden.

b) Außer Nov. 115 cap. 5 pr. gehört hierher jenes in c. 1 C. Greg. fam. erc. uns erhaltene Reſcript des Kaiſers Gordianus; da indeſſen dieſe Stelle zugleich die hauptſächlichſte poſitive Auskunft über die Art und Weiſe der Aufrechterhaltung der Erbenqualität bezüglich unſeres Inſtituirten gibt, ſo verſparen wir ihre Erläuterung auf das unter II Auszuführende.

Durch alles Bisherige haben wir gleichſam nur an der Außenſeite des Verhältniſſes, ganz abgeſehen von ſeiner inneren Conſtruktion, den Beweis geführt, daß der ex re Inſtituirte auch neben gehörig Eingeſetzten ſich keinenfalls als bloßer Legatar, vielmehr als wirklicher Erbe darſtellt. Dieſer Beweis, ſchon an ſich vollſtändig, wird aber noch beſtätigt und verſtärkt durch die folgenden Erörterungen, welche die einzelnen Glieder der das Rechtsverhältniß dieſes Inſtituirten beherrſchenden juriſtiſchen Conſtruktion zum Gegenſtande haben.

II. Es iſt nun weiter darzuthun, auf welche Weiſe unſer heres ex re certa institutus als Erbe aufrecht erhalten wird. In dieſer Rückſicht wurde oben (§. 18) behauptet: er iſt Erbe detracta rei mentione, ſomit wie jeder Erbe gerufen als Erbe auf das universum jus defuncti, und zwar zunächſt, d. h. bei wirklicher Conkurrenz der gehörig Eingeſetzten, auf eine pars hereditaria.

Die Wahrheit auch dieſer Behauptung folgt:

1) ſelbſt wenn dieſelbe durch keine ausdrückliche Stelle bezeugt wäre, ſchon aus allgemeinen Geſichtspunkten, und zwar aus der juriſtiſchen Natur der Erbeneigenſchaft mit civiliſtiſcher Nothwendigkeit. Sobald das Römiſche Recht einmal darüber einig war, daß dieſer Eingeſetzte als Erbe gelten ſolle, verſtand es ſich von ſelbſt, wie er als Erbe aufrecht zu erhalten ſei; es

mußte nunmehr auch der rechtlichen Bedeutung eines heres Raum gegeben werden. Da nun ein Erbe in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit (ſ. oben Seite 6), ſo durfte man unſeren Inſtituirten keinenfalls als Erben auf die res certa anerkennen, man mußte ihn zur Repräſentation, zum universum jus defuncti rufen, wie wir daſſelbe in den vorigen Abſchnitten auch für die anderen Fälle der institutio ex re certa gefunden haben; das aber geſchieht durch Detrahiren der rei mentio als des mit der Erbenqualität Unverträglichen. Anerkennung der Erbenqualität und detractio rei iſt für unſer Verhältniß in der That eines und daſſelbe.

Bei dieſem Verfahren mußte das Römiſche Recht ganz unbekümmert bleiben um die nun vielleicht entſtehende Unmöglichkeit, daneben auch die weitere, jedoch vergleichsweiſe untergeordnete voluntas testatoris, die Beſchränkung des Eingeſetzten auf die res certa aufrecht zu erhalten; ja wir werden ſehen, es gab eine Zeit, in welcher die Realiſirung dieſer Beſchränkung, als juriſtiſch unmöglich, wirklich unterbleiben mußte, ohne daß man ſich dadurch abhalten ließ, den Eingeſetzten detracta re als Erben anzuerkennen.

2) Das ſo eben im Geiſte des römiſchen Erbrechts Gefolgerte findet ſich aber auch poſitiv in den Quellen beſtätigt.

a) Vorerſt dürfen wir uns wiederum auf die Worte Ulpian's in fr. 35 pr. D. de her. inst. „dicebam receptum esse“ u. ſ. w. berufen, wenn anders wir bereits oben (Seite 346 Nummer a) berechtigt waren, in dieſer Aeußerung eine allgemeine Regel für die Behandlung des ex re Inſtituirten zu erkennen, neben welchem Miterben, dann aber einerlei, ob gehörig, oder ebenfalls ex re certa eingeſetzte, vorhanden ſind. — Ulpian ſagt, der heres ex re certa ſolle auf die res beſchränkt werden in dem judicium fam. erc.; vorerſt alſo und an ſich muß er auf das universum jus, beziehungsweiſe auf eine pars hereditaria gerufen ſein. Dieß ſpricht denn auch der Juriſt

im weiteren Verlaufe seiner Erörterung bezüglich des Falles der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae aus, allein mit demselben Rechte muß es auch bei Concurrenz gehörig Eingesetzter gelten. Ganz charakteristisch ist es ferner, daß Ulpian nur kurzweg sagt: „receptum esse, heredem institui posse," ohne dabei die Art der Aufrechterhaltung (Detrahiren der rei mentio) ausdrücklich zu erwähnen; es ist dieß eben ein Beweis, wie sehr es sich von selbst versteht, wie ein ex re certa Instituirter als Erbe gelten muß, sobald einmal anerkannt ist, daß er als Erbe gelten soll.

b) Außerdem aber ist uns aus dem vorjustinianeischen Rechte eine Stelle erhalten, welche, Alles gehörig gewürdigt, die Erbenqualität detracta rei mentione gerade in Veranlassung eines Falles, in welchem gehörig Eingesetzte neben einem heres ex re certa vorhanden waren, ausdrücklich ausspricht; nämlich das bereits früher erwähnte Rescript des Kaisers Gordianus in:

c. 1 Cod. Greg. de fam. erc. et communi div.:

> Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine ejus rei commemoratione institutus fuisset, sane officio familiae erciscundae judicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum juris ignorantiam excusare facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV Kal. Novembr. Arriano et Papo Coss. (243).

Nach bekannten Grundsätzen über den Werth der vorjustinianeischen Rechtsquellen leidet es vorerst keinen Zweifel, daß diese Stelle, sofern sie sich wirklich auf den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa beziehen läßt, an ihrer Beweiskraft darum nichts verlieren kann, weil sie nicht in Justinian's

Compilation aufgenommen ist; sie bleibt bezüglich der juristischen Construktion dieses Rechtsverhältnisses ein Interpretationsmittel unbedingt für die Zeit Gordian's, ebenso aber auch für das spätere Recht insoweit, als wir nicht eine ihrem Inhalte widersprechende neuere Bestimmung finden.

Die Hauptfrage ist daher: läßt sich dieses Rescript seinem Inhalte nach wirklich hierher beziehen?

Unserer Ueberzeugung nach erhellt nun allerdings aus dem Rescripte selbst nicht mit völliger Sicherheit, ob in dem ihm unterliegenden Falle mit dem heres ex re certa gerade gehörig Eingesetzte concurrirten, es bleibt auch möglich, daß der oder die Miterben ebenfalls auf res certae instituirt waren.

Betrachten wir nämlich die Stelle, so geht aus derselben nur Folgendes hervor: eine Mutter hatte ein Testament errichtet, darin ihren Sohn und (wie die Erwähnung des judicium fam. erc. zeigt) wenigstens noch eine Person eingesetzt; wenigstens einer der Erben war auf eine res certa instituirt. Der Sohn hatte die testamentarische Erbschaft seiner Mutter ausgeschlagen, dieß jedenfalls darum, weil er, jedoch rechtsirrthümlich, glaubte, er bekäme daraus zu wenig, wahrscheinlich, er bekäme nicht einmal seinen vollen Pflichttheil. Die Absicht, in welcher er ausgeschlagen hatte, war entweder die, nun überhaupt nichts aus dem Nachlasse der Mutter zu beanspruchen, oder aber, was wahrscheinlicher, sich durch die querela inofficiosi testamenti zu seiner Intestatportion zu ziehen. Nach der Ausschlagung kommt er zur Ueberzeugung, daß er dem Rechte nach aus dem Testamente wirklich mehr bekommen hätte, als er anfangs geglaubt hatte, entweder genug zum Ausschlusse der querela inofficiosi, oder doch soviel, daß er sich gerne damit begnügt haben würde; er wünscht nun Restitution gegen die Ausschlagung, und trägt dem Kaiser die Sache vor. Die Punkte, worin er rechtsirrthümlich angenommen hatte, er bekäme zu wenig, bestanden in einer unrichtigen Auffassung der Gestaltung eines heres ex re

certa institutus und in der Meinung, in dem Testamente der Mutter dürften Kinder die quarta Falcidia nicht abziehen.

Soviel scheint gewiß; dagegen bleibt unentschieden, worüber im Genaueren sich der Sohn hinsichtlich seiner Verkürzung getäuscht hatte. Es kann sein, er selbst war der auf eine res certa Instituirte, aber die res war von nur sehr geringem Werthe, daneben war ein gehörig Eingesetzter vorhanden. Da mochte denn der Sohn glauben, die res sei juristisch sein wahrer Erbtheil, den er sich eben darum nicht vergrößern könne, oder aber, er sei zwar auf das jus gerufen, bekäme aber bei der Erbtheilung nur die res, während er das Uebrige, und zwar ohne Abzug der Quart, an den gehörig Eingesetzten herausgeben müsse. Es ist aber auch möglich, daß er selber auf das jus, dagegen ein Anderer neben ihm auf eine res certa von so bedeutender Größe eingesetzt war, daß ihm, dem Sohne, wenig übrig blieb; er konnte hier glauben, entweder die res certa sei der Erbtheil des Anderen, und darum nicht durch die Falcidia zu schmälern, oder aber die res sei zwar Vermächtniß, allein in dem Testamente der Mutter nicht dem Quartabzuge unterworfen. Endlich läßt sich der Fall auch so denken, daß der Sohn auf eine sehr kleine, der Miterbe auf eine sehr große res certa instituirt war, so daß sämmtliche Erben auf res certae, welche vielleicht zugleich den ganzen Nachlaß erschöpften, eingesetzt waren, wo sich dann die möglichen Irrthümer des Sohnes nach dem Bisherigen wieder leicht combiniren lassen. Auf alle drei Fälle paßt die sehr allgemein gehaltene Antwort des Kaisers.

Zwar will Hennemann*) die Meinung, das Rescript habe speciell einen Fall der institutio ex re certa neben gehörig

---

*) S. bereits oben S. 329. — Die meisten Juristen, welche annehmen, daß das Rescript Gordian's einen Fall vor Augen habe, in welchem ein heres ex re certa institutus neben gehörig Eingesetzten vorhanden sei, begründen diese ihre Meinung überhaupt nicht näher.

Eingesetzten vor Augen, auf Folgendes stützen: der heres ex re certa werde nur im Singular genannt, ferner heiße es, derselbe solle von dem Theilungsrichter non plus emolumenti erhalten, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, was doch eben nur bei Conkurrenz gehörig Eingesetzter unbedingt zutreffe, indem dann, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt seien, diese den durch die res certae etwa nicht erschöpften Rest des Nachlasses zu gleichen Theilen erhielten. Allein diese Gründe sind sicherlich nicht beweisend; einmal drückt sich Ulpian in jenen schon oft erwähnten Worten des fr. 35 pr. D. de her. inst.: „dicebam — consequi" (welche überhaupt dasselbe sagen, was Gordian hier angibt), in beiden von Hennemann hervorgehobenen Beziehungen ganz ebenso aus, wie das Rescript, während doch jene Worte Ulpian's unzweifelhaft (s. oben Seite 158 ff.) wenigstens mit auch gerade auf den Fall der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae gehen. Sodann aber war es, wie die ganze Fassung des Rescriptes zeigt, nicht Gordian's Absicht, die speciellen Momente des ihm vorgetragenen Falles in ihrer concreten Gestalt zu entscheiden, sondern nur allgemeine Gesichtspunkte aufzustellen, unter welche die Bestandtheile des vorliegenden Falles zu subsummiren seien; der Kaiser sagt ganz generell: „es ist außer Zweifel, daß ein ex re certa Instituirter so angesehen wird, als sei er ohne Erwähnung der res eingesetzt, daß er jedoch (falls er Miterben hat) in dem judicium fam. erc. nicht mehr erhalten soll, als er bekommen würde, wenn er auf die res wirklich zum Erben eingesetzt werden könnte."

Dennoch glauben wir, und zwar in einer doppelten Erwägung, daß in der That dieses Rescript hier angewendet werden muß.

Zunächst nämlich, die Unkenntlichkeit des demselben unterliegenden Falles zugegeben, berechtigt uns gerade der Umstand, daß Gordian mit jenen Worten nur einen allgemeinen

Geſichtspunkt angegeben hat, zu der Annahme, dieſer Geſichtspunkt paſſe im Weſentlichen für beide möglichen Fälle des Vorhandenſeins von Miterben neben dem heres ex re certa institutus, obwohl er hier nur mit Rückſicht auf einen dieſer Fälle ausgeſprochen ſei. Hiernach würde denn hinſichtlich der Beweiskraft für den uns hier intereſſirenden Satz dieſes Reſcript wenigſtens auf gleicher Linie mit den Worten Ulpian's: dicebam etc. (ſ. oben a) ſtehen.

Das hauptſächliche Gewicht aber legen wir auf die Art der Nichtaufnahme dieſes Reſcriptes in Juſtinian's Compilation; es erhellt unſeres Ermeſſens, daß wenigſtens die Compilatoren daſſelbe als gerade ſpeciell für einen Fall erlaſſen angeſehen haben, in welchem neben dem heres ex re certa institutus gehörig Eingeſetzte vorhanden waren. Die Compilatoren haben nämlich das Reſcript Gordian's keineswegs überſehen, es lag ihnen bei Abfaſſung des Codex vor, denn ſie haben einen Theil deſſelben, den Schlußſatz, in der That recipirt; er findet ſich als:

c. 1 Cod. de juris et facti ignorantia (I, 18):

> Imp. Gordianus A. Juvenali. — Quum ignorantia juris excusari facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV Kal. Novemb. Arriano et Papo Conss. (243),

nur das Vorausgehende, insbeſondere das die rechtliche Geſtaltung des heres ex re certa institutus Betreffende, iſt weggelaſſen. Dieß muß einen guten Grund gehabt haben. Ohne Zweifel lag dieſer darin, daß das von Gordian hier Geſagte zur Zeit der Abfaſſung des Juſtinianeiſchen Codex nicht mehr geltendes Recht war, daß es ſonach übergangen worden iſt, nicht etwa um Ueberflüſſiges, ſondern um Veraltetes wegzulaſſen. Nun aber bleibt das von Gordian über die Geſtaltung des heres ex re certa institutus Geſagte ſelbſt in dem

allerneueſten Rechte für den Fall wahr, daß ſämmtliche Erben auf res certae eingeſetzt ſind, indem hier die Erben noch immer erſt in dem jud. fam. erc. auf die res beſchränkt werden. Dagegen paßt daſſelbe in der That nicht mehr zu dem Rechte der Compilation für den Fall der Conkurrenz gehörig Eingeſetzter, ſoferne wir ſpäter dasjenige als wahr erweiſen, was wir bereits oben (§. 18) vorläufig über den Inhalt von Juſtinian's const. 13 Cod. de her. inst. angegeben haben; ſeit c. 13 C. cit. nämlich wird hier der ex re Inſtituirte nicht mehr, wie Gordian angibt, erſt in dem jud. fam. erc., ſondern gleich von vornherein auf die res certa beſchränkt. Dieſe Neuerung enthält unſerer Anſicht nach den Grund, weßhalb die Compilatoren das von Gordian über den heres ex re certa institutus Geſagte nicht in den Codex aufgenommen haben. Iſt dieß richtig, dann beweiſt einerſeits dieſe Nichtaufnahme, daß die Compilatoren das Reſcript in der That von einem Falle der Conkurrenz eines ex re Inſtituirten mit gehörig Eingeſetzten verſtanden haben, anderntheils aber iſt die Nichtaufnahme kein Hinderniß, die Entſcheidung Gordian's in allen übrigen Beziehungen (außer dem über das judicium fam. erc. Geſagten) fortwährend als ein zuläſſiges Interpretationsmittel für die rechtliche Geſtaltung unſeres heres ex re certa institutus geltend zu machen, insbeſondere alſo rückſichtlich der Frage, ob und wie derſelbe als Erbe aufrechterhalten wird. —

Haben wir durch das Bisherige feſtgeſtellt, daß der neben gehörig Eingeſetzten ex re certa Inſtituirte detracta rei mentione als Erbe gilt, ſo erhellt, daß hier alles, was Aufrechterhaltung der Erbenqualität betrifft, mit den übrigen Fällen der institutio ex re certa (Abſchnitt 1 u. 2) und mit den Principien des Erbrechts in vollſtändig harmoniſchem Zuſammenhange ſteht, namentlich iſt nicht bewirkt, daß ein Erbe zum Vorſchein kommt, deſſen Erbportion eine res certa iſt, ſeine Erbportion

besteht vielmehr, wie bei jedem heres partiarius, in einer pars hereditaria [5]).

---

[5]) Der nunmehr geführte Beweis, daß für die Succession unseres heres zunächst ein von der res certa gänzlich verschiedenes Object in den Vordergrund tritt, die res also nicht für das Gerufensein, sondern nur für das Resultat des materiellen Bekommens von Einfluß sein kann, entzieht einerseits der Ansicht, welche diesen Instituirten für einen reinen Legatar hält, ihr hauptsächlichstes gegen die Erbenqualität erhobenes juristisches Bedenken, andererseits zeigt er die Unrichtigkeit der Ansicht, welche den Instituirten für einen wahren Erben auf die res certa erklärt. Denn beide Ansichten sind in der That dadurch entstanden, daß man immer nur die res certa im Auge hatte, und auch in den Quellen zu sehen glaubte, der Instituirte succedire lediglich und direct in die res certa. Auf diese Wahrnehmung hin argumentirte jene erste Ansicht also: ein Instituirter, welchem selbst die Gesetze nur eine res singula zuwenden, kann unmöglich successor per universitatem, er muß reiner Legatar sein. Die zweite Ansicht argumentirte auf dieselbe Wahrnehmung hin also: es ist (wie auch richtig) nach mehreren Aeußerungen der Quellen ganz unläugbar, daß dieser Instituirte als Erbe gilt, da ihm nun die Gesetze nur die res certa zuwenden, so muß diese hier singulärweise seine Erbportion, er also Erbe auf die Sache sein.

Jene erste Ansicht widerlegt sich nun schon durch den unter Nummer I dieses Paragraphen geführten Beweis, daß unser heres wirklich Erbe ist, die zweite Ansicht dagegen soll hier noch durch Folgendes als eine unmögliche nachgewiesen werden:

1) sie hat alle inneren Gründe gegen sich; sie statuirt nicht eine Singularität, sondern eine wahre Abnormität, zu welcher das Römische Recht sich am allerwenigsten aus etwaiger Rücksicht auf die rei mentio verstanden haben würde. Dann übersehe man auch nicht Folgendes: wäre unser heres wahrer Erbe auf die Sache, so würden dadurch sogar auch die daneben gehörig Eingesetzten selbst wahre heredes ex re certa im Rechtssinne, nämlich Erben auf die übrigen materiellen Vermögensbestandtheile des Nachlasses, nicht auf den Rechtsbegriff der hereditas, denn sobald man einmal auch nur eine Sache als Object der Beerbung zugibt, so verrückt sich damit alsbald das ganze Object der Beerbung.

2) Die Ansicht ist nicht in den Quellen begründet, sie hat nicht nur kein einziges Zeugniß für sich, sie hat alle Zeugnisse gegen sich. Außer den Stellen, aus welchen wir bewiesen haben, daß eine pars hereditaria die Erbportion unseres Instituirten bildet, fehlt es nicht an Zeugnissen, aus welchen direct hervorgeht, daß die res certa nicht die Erbportion bildet: a) Gordian sagt in jenem Rescripte ausdrücklich, der

Dabei entſteht nun noch die Frage nach dem Maaßſtabe für die Größe dieſer pars hereditaria. In dieſer Rückſicht müſſen wir — ganz wie dieß auch für die Fälle der Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae, und zwar dort nach ausdrücklicher Anleitung der Quellen, geſchehen iſt — zwei Fälle unterſcheiden, je nach der voluntas testatoris, welche ſich in der Zuwendung der res certa ausſpricht.

1) Wollte der Erblaſſer erwieſenermaßen mit der res certa nichts als die Größe der Erbportion bezeichnen, dann allerdings iſt die rei mentio als eine gültige demonstratio partis hereditariae zu beachten, der Inſtituirte alſo als heres ex certa parte institutus zu behandeln; wir dürfen in dieſer Beziehung ohne Bedenken den Schlußſatz des fr. 9 §. 13 D. de her. inst. (ſ. oben Seite 134) zur analogen Anwendung bringen. Indeſſen wird ein ſolcher Fall ſelten vorkommen, am erſten noch (ſ. oben S. 139) bei Einſetzung auf eine Summe, z. B. der Teſtator, indem er ſein geſammtes Vermögen zum Werthe von 4000 anſchlägt, beſtimmt: A ſei mein Erbe auf 1000, auch ſetze ich den B, C und D ein, jeden derſelben ebenfalls auf ¼; hier iſt offenbar A ſchon nach der Intention des Erblaſſers auf ¼

---

heres ſolle in dem judicium fam. erc. ſoviel bekommen ac si ex re certa heres institui potuisset, derſelbe kann alſo nicht mit der Wirkung eingeſetzt werden, daß er auch rechtlich gerufen iſt als Erbe auf die Sache. b) In c. 3 C. de litigiosis (8. 37) beſtimmen (S. 212 ff.) die Kaiſer Gratian, Valentinian und Theodos Folgendes: iſt eine res litigiosa oder ein ambiguum chirographum an Jemanden vermacht, oder derſelbe darauf zum Erben (alſo zum heres ex re certa) eingeſetzt, ſo darf nicht dieſer Honorirte das Object einklagen, ſondern lediglich die Erben haben die Klage durchzuführen. Es iſt bereits früher (S. 213) gezeigt worden, daß, ſofern der mit der res litigiosa Honorirte auf dieſelbe zum Erben eingeſetzt iſt, die Kaiſer in dieſer Verordnung gehörig eingeſetzte Miterben neben ihm vorausſetzen. Wäre nun dieſer heres ex re litigiosa institutus wirklicher Erbe auf das Streitobject, ſo müßte ja gerade ihm allein, als einzigem Erben dieſer res, die Klage bezüglich derſelben zuſtehen.

inſtituirt. Damit iſt dann aber in ſolchen Fällen auch alle Behandlung befriedigend abgethan, die weitere eigenthümliche Behandlung einer eigentlichen institutio ex re certa tritt hier nicht ein, der A in jenem Beiſpiele bleibt fortwährend auch praktiſch Erbe auf 1/4, gerade wie die neben ihm gehörig Eingeſetzten.

2) Der regelmäßige, und von den Quellen allein vorausgeſetzte Fall dagegen geht dahin, daß der Teſtator mit der rei mentio nicht ſowohl die Größe der Erbquote bezeichnen, als vielmehr gerade auf dieſe res einſetzen wollte. Hier gilt denn der Inſtituirte als ein heres sine parte institutus, aus denſelben Gründen, aus welchen wir dieß bereits früher (S. 137 ff.) für den Fall der Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae bei gleicher Abſicht des Teſtators als quellenmäßig begründet kennen gelernt und gerechtfertigt haben. Nicht nach dem Werthe der res certa, ſondern nach den allgemeinen Grundſätzen über Conkurrenz eines heres sine parte scriptus mit anderen gehörig Eingeſetzten bemißt ſich hier die Größe der pars hereditaria des ex re Inſtituirten, wonach man denn mit Rückſicht auf die Einſetzungsweiſe der gehörig Inſtituirten drei mögliche Fälle zu unterſcheiden hat.

a) Sind die gehörig Inſtituirten ſämmtlich sine partibus eingeſetzt, ſo werden ſämmtliche Erben, auch der heres ex re certa institutus, aequis ex partibus zur Erbſchaft gerufen [6]), es ſei denn, daß conjuncti darunter ſind, welche dann zuſammen nur einen Theil erhalten, mag der Erblaſſer mehrere der gehörig Eingeſetzten in Einem Satze genannt, oder mag er mehrere zuſammen auf ein und dieſelbe res certa inſtituirt haben [7]).

---

[6]) §. 6 J. de her. inst. (2. 14).

[7]) In dem letzteren Falle tritt die Analogie des fr. 11 D. de her. inst. (ſ. oben S. 133 Nummer 2) ein, alſo z. B. wenn der Erblaſſer teſtirt hätte: Attius heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto, wäre mit fr. 11 cit. zu entſcheiden: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem.

b) Sind die gehörig Inſtituirten theils ex certa, theils sine parte inſtituirt, ſo geſellt ſich der heres ex re certa institutus zu den heredibus sine parte scriptis, und iſt mit dieſen aequis ex partibus zu dem durch die partes certae nicht erſchöpftem Reſte der Unzien berufen, falls noch ein Reſt wirklich vorhanden iſt [8]); wo dieſer nicht vorhanden, tritt nun die für ſolchen Fall überhaupt geltende Regel ein: ex asse fit dupondium, tripondium u. ſ. w., und auf den hierdurch künſtlich geſchaffenen Reſt iſt der heres ex re certa wiederum mit den sine partibus Eingeſetzten zu gleichen Theilen gerufen [9]).

c) Sind endlich die gehörig Inſtituirten ſämmtlich ex certis partibus eingeſetzt, ſo muß ganz ebenſo wie unter b unterſchieden und entſchieden werden, eben weil dieſe Grundſätze bei einer jeden Conkurrenz von ex certis partibus und sine partibus Eingeſetzten gelten, es alſo gleichgültig iſt, ob ſolche Conkurrenz ſchon durch die Einſetzungsweiſe der gehörig Inſtituirten (wie unter b), oder erſt durch das Hinzutreten des heres ex re certa institutus dem Rechte nach herbeigeführt wird.

§. 20.

2) Beſchränkung auf die res certa.

Durch den nächſten Erfolg der Aufrechterhaltung der Erbenqualität ſind wir nun in der That weit weggetrieben von dem zweiten Stücke der voluntas testatoris, der ausſchließlichen Zuwendung der res certa an den Inſtituirten. Dieſer hat jetzt weder die ganze res, noch nur die res, vielmehr erſtreckt ſich die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria gleichmäßig über ſämmtliche res hereditariae; pro rata hereditaria ſind zwiſchen ihm und den gehörig Eingeſetzten die erbſchaftlichen Forderungen und Schulden getheilt, die corpora gemeinſchaftlich;

---

[8]) Arg. §. 6 J. de her. inst. (2. 14).
[9]) Arg. §. 8 J. eod. fr. 17 §. 2—5, fr. 18 D. eod. (28. 5).

in dem judic. fam. erc. hätte er demnächſt reelle Verwerthung ſeiner pars hereditaria zu beanſpruchen.

Allein es fragt ſich, ob nicht dennoch neben der Erbenqualität auch die Beſchränkung [1]) auf die res certa wenigſtens für den endlichen Effect des Bekommens aufrecht zu erhalten iſt? Es erhellt ſogleich, daß dieſe ganze Frage ſchon nach der voluntas testatoris nur allein für den gewöhnlichen und eigentlichen Fall der institutio ex re certa von Bedeutung wird, wenn nämlich der Erblaſſer mit der rei mentio eine wirkliche Einſetzung gerade auf dieſe res, und nicht eine bloße demonstratio partis hereditariae gemeint hat, denn dieſer letztere Fall [2]) bedarf keiner weiteren beſonderen Behandlung, ſobald einmal nach dem Verhältniſſe des Werthes der res zu dem Werthe der ganzen Erbſchaft die Größe der certa pars hereditaria, auf welche hier der Inſtituirte ſchon nach dem Willen des Erblaſſers gerufen erſcheint, ausgemittelt iſt.

Daß nun in dem eigentlichen Falle unſerer institutio ex re certa der Eingeſetzte auf die ihm von dem Erblaſſer zugewieſene res wirklich beſchränkt werde, geben die Quellen ausdrücklich und auf das Beſtimmteſte an. Ulpian ſagt in dem oft erwähnten, auch hier wieder anwendbaren fr. 35 pr. D. de her. inst., bezüglich des heres ex re certa, welcher Miterben hat: „officio judicis familiae erc. cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi," und eben dahin gehen in

---

[1]) Beſchränkung nennen wir dieß, wie in den Fällen des vorigen Abſchnittes, natürlich nur im Gegenſatze der res zu den übrigen Objecten des Nachlaſſes (der Eingeſetzte ſoll die ganze res, aber auch nur die res bekommen), nicht auch im Vergleiche des Werths der res zu dem Werthe der pars hereditaria dieſes Eingeſetzten, denn an Werth kann er durch ausſchließliche Zuwendung der res begreiflich bald ebenſoviel, bald weniger, bald mehr bekommen, als in ſeiner pars enthalten iſt.

[2]) S. oben Seite 362 Nummer 1.

jenem Reſcripte Gordian's die Worte: „sane officio fam. erc. judicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset.“ Auch ſetzt Juſtinian in Nov. 115 cap. 5 pr. das Statthaben dieſer Beſchränkung dem Grundſatze nach offenbar durch die Beſtimmung voraus, der ſo inſtituirte Pflichtheilsberechtigte ſolle ſich das an der res etwa noch zur vollen legitima Fehlende durch die Pflichtheils-Rechtsmittel ergänzen; daraus erhellt nämlich deutlich, daß der Inſtituirte, wäre er nicht zugleich pflichttheilsberechtigt, ſich in der That mit der res certa begnügen müßte.

Wie aber, auf welche juriſtiſche Conſtruktion hin die Beſchränkung zu geſchehen habe, darüber gibt uns keine einzige, direkt von unſrer institutio ex re certa redende Stelle Auskunft. Denn wenn wir aus jenen Aeußerungen Ulpian's und Gordian's erſehen, die Beſchränkung werde durch den arbiter fam. erc. bewirkt, ſo wirft dieß immer noch kein Licht auf die ihr zu Grunde liegende Conſtruktion indem dieſer arbiter neben eigentlicher Erbtheilung bekanntlich noch andere, auf ſehr verſchiedenen Rechtsgründen beruhende, erbrechtliche Anſprüche unter den Miterben zu realiſiren hat. — Allein gerade bei dem Schweigen der Quellen müſſen wir um ſo mehr an der Ueberzeugung feſthalten, daß neben der Erbenqualität die Beſchränkung auf die res nur auf eine völlig normale, mit den Principien des Erbrechts in Einklang ſtehende Weiſe von dem Römiſchen Rechte aufrechterhalten wird, wie ſich denn in den ihrer rechtlichen Behandlung nach uns bis jetzt (aus Abſchnitt 1 und 2) bekannt gewordenen Fällen der institutio ex re certa überall gezeigt hat, daß da, wo die Beſchränkung auf die res wirklich realiſirt wurde, dieß nur auf normalem Wege geſchah, und daß da, wo dieß nicht in normaler Weiſe möglich war, die Beſchränkung (ohnehin das vergleichsweiſe Untergeordnete) in der That unbeachtet blieb.

Nun eröffnet ſich für den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa die rechtliche Möglichkeit, auch die Beſchränkung auf die res zu realiſiren, allerdings ſogleich inſofern, als aus der Verfügung wenigſtens erhellt, zu weſſen Gunſten die Beſchränkung ſtattfinden ſolle; es ſind dieß die gehörig eingeſetzten Miterben, denn eben durch ihre unbeſchränkte Einſetzung gibt der Teſtator zu erkennen, daß an ſie alles übrige, außer der res certa, fallen ſolle. Ja in dieſer Rückſicht zeigt ſich die Beſchränkung auf die res gerade in dem gegenwärtigen Falle weit vollſtändiger realiſirbar, als in den Fällen des erſten und zweiten Abſchnittes, indem da, wo der einzige Erbe ex re inſtituirt iſt, ſowie da, wo ſämmtliche Erben ex re inſtituirt ſind, die res aber nicht zugleich den geſammten Nachlaß erſchöpfen, die Beſchränkung (in dem letzteren Falle wenigſtens die vollſtändige Beſchränkung) auf die res zu ihrer Aufrechterhaltung vor allem andern noch einen beſonderen Willen des Erblaſſers erfordert, aus welchem erhellt, an wen das Uebrige fallen ſoll.

Allein außer Erſichtlichkeit der Perſon, mit Rückſicht auf welche der Inſtituirte auf die res beſchränkt ſein ſoll, wird, um die Beſchränkung zu realiſiren, noch weiter und hauptſächlich ein Rechtstitel erfordert, auf welchen dieſelbe juriſtiſch baſirt werden kann. Wie nun wird es bewirkt, daß einerſeits an die gehörig Eingeſetzten dasjenige fällt, was der ex re Inſtituirte nicht behalten darf, und daß zugleich andrerſeits dieſer letztere die ganze res erhält?

In dieſer Beziehung haben wir oben (§. 18) behauptet: der heres ex re certa institutus hat die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria als Univerſal-Fideikommiß an die unbeſchränkt Eingeſetzten zu reſtituiren, er ſelbſt aber erhält die res certa als ein Vermächtniß. — Die Wahrheit dieſer Behauptung, welche der rechtlichen Behandlung unſrer institutio ex re certa ihre civiliſtiſche Abrundung gibt, iſt nunmehr zu beweiſen.

I. Beweis aus den Principien des römischen Erbrechts. Gesetzt, die soeben behauptete Behandlung sei nicht als eine in dem Römischen Rechte bereits vorhandene darzuthun, vielmehr wir selber hätten an der Stelle der römischen Juristen zum erstenmale die Beschränkung des Instituirten auf die res zu realisiren, so müßten wir sagen: nach den Principien des Erbrechts ist der angegebene Weg als ein normaler möglich, zugleich ist ein anderer Weg in normaler Weise nicht möglich. Dieß auf folgende Kette von Sätzen hin, deren Richtigkeit größtentheils schon aus früheren Erörterungen hervorgeht.

1) Bereits einig sind wir über folgendes: auch dieser heres ex re certa institutus soll Erbe sein, Erbe auf die res aber kann er nicht sein. Soll sich demnoch neben der Erbenqualität auch die Beschränkung auf die res realisiren, so muß die rei mentio von dem Gerufensein hinweg und hinüber auf den Effekt des Bekommens gestellt, die Verfügung demnach so angesehen werden, als hätte der Testator neben Vornahme unbeschränkter Einsetzungen z. B. also verordnet: auch X sei mein Erbe, bekommen aber soll er nur den fundus Cornelianus.

2) Soll nun überhaupt, aus irgend einem Grunde (nach Gesetz oder nach den Willen des Erblassers) derjenige, welcher Erbe (heres ex asse oder heres partiarius) geworden ist, doch nichts als eine res certa bekommen, so werden bezüglich der Frage, wie dieser Effekt zu erreichen ist, folgende Gesichtspunkte maaßgebend.

Vor Allem muß ein Dritter erhellen, mit Rücksicht auf welchen der Erbe beschränkt sein soll. Diesem Dritten dürften nun nicht etwa die einzelnen, zunächst dem Erben per hereditatem erworbenen res hereditariae zufallen unter Abzug jener res certa, sodaß dieselbe der Erbe direkt und jure hereditario zurückzubehalten hätte, denn da der Dritte dann (durch Ueberkommen nur von res singulae als solchen) bloßer Singular-Successor wäre, so würde der Erbe in der That noch anderes als die res certa

behalten, indem er wohl der corpora direkt, der Forderungen wenigſtens indirekt durch Ceſſion, dagegen der Schulden nicht einmal indirekt mit Wirkung für die Gläubiger entledigt werden könnte. Vielmehr müßte der Erbe, wenn er nur eine res certa, folglich nur den Gegenſtand einer Singular-Succeſſion erhalten ſoll, vor Allem den Gegenſtand ſeiner urſprünglichen Univerſal-Succeſſion ſelbſt, die ihm erworbene hereditas oder pars hereditatis, und damit ſämmtliche per hereditatem erworbene res hereditariae, auch jene res certa, an den Dritten als an einen Univerſal-Succeſſor verlieren, dieß jedoch in der Art, daß der urſprüngliche Erbe dadurch nicht aufhörte, Erbe zu ſein (ſ. oben S. 4 Note 8 Nummer 2), ſondern nur in den Vermögensbeziehungen nicht mehr praktiſch als Erbe behandelt würde; ſodann aber müßte er die ihm zugedachte res neu erhalten, jetzt als res singula, mithin titulo singulari.[3]) Und zwar müßte er als heres ex asse die ganze res zurückerhalten von Demjenigen, der nunmehr von ihm die hereditas überkommen hat; als heres partiarius könnte er, ſoferne die res in media hereditate liegt, von dem neuen Inhaber ſeiner pars nur den, in derſelben liegenden Theil der res certa zurückerhalten, während daneben die Miterben verpflichtet ſein müßten, ihm die in ihren partes enthaltenen Theile der res zu übertragen.

3) Will insbeſondere der Erblaſſer, ſein Erbe (heres ex asse oder heres partiarius) ſolle nichts als eine res

---

[3]) Sowie von vornherein die res hereditariae eines Verſtorbenen nur dadurch auf den Erben übertragbar ſind, daß auf ihn zunächſt ein von dieſen verſchiedenes Drittes (das juris nomen der hereditas, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des defunctus) und erſt hierdurch vermittelt (per hereditatem) auch das Aggregat der res hereditariae übergeht (ſ. oben Seite 2), ebenſo müßte der Erbe, wenn er ungeachtet dieſes Uebergangs doch nichts als eine res certa bekommen ſoll, das ihm erworbene juris nomen der hereditas an einen Dritten verlieren, welcher Uebergang dann wiederum auch das Aggregat ſämmtlicher res hereditariae nach ſich ziehen würde; die res certa müßte er dann neu bekommen, titulo singulari.

certa, bekommen, so ordne er im Einklange mit den so eben angegebenen Gesichtspunkten vorerst an, daß die hereditas oder pars hereditaria von diesem Erben an einen bestimmten Dritten falle; dazu hat er in der That seit dem Sct. Trebellianum ein Mittel, aber auch nur das einzige Mittel: er gebe dem Erben auf, die hereditas oder pars hereditaria als ein Universal-Fideikommiß an den Dritten zu restituiren. Zugleich wende er dem Erben die res certa als ein Singular-Vermächtniß zu; mit diesem Vermächtnisse ist hier lediglich der Universal-Fideikommissar allemal dann belastet, wenn der Erbe heres ex asse ist; handelt es sich dagegen von einem heres partiarius, dann sind mit dem Vermächtnisse, soferne dessen Gegenstand in media hereditate liegt, pro rata die partes der Miterben und die dem Universal-Fideikommissar restituirte pars belastet; indessen bleibt es dem Erblasser unbenommen, als res auch ein solches Objekt zu bezeichnen, welches lediglich aus der restituirten pars zu entrichten ist, ohne daß zugleich die Miterben zu demselben beizutragen haben.[4])

Wollte der Erblasser statt der angegebenen Anordnungen dahin verfügen, der Erbe solle die übrigen in der hereditas oder pars hereditatis enthaltenen res hereditariae als Singular-Vermächtnisse an den Dritten restituiren, die res certa aber direkt jure heredis zurückbehalten, beziehungsweise daneben die in den partes der Miterben enthaltenen Theile der res aus diesen partes als Vermächtniß empfangen, so wäre dieß zwar juristisch statthaft, allein jener Effekt der Beschränkung des Erben auf eine res würde dadurch nach dem unter 2 Angegebenen nur unvollständig erreicht. Wollte dagegen der Erblasser anordnen, der Erbe solle das Uebrige als Universal-Fideikommiß restituiren, die res aber, soweit sie nicht aus den partes der Miterben

[4]) Die Verschiedenheit der Behandlung, je nachdem der Theilerbe auf eine Geldsumme oder auf eine species beschränkt werden soll, werden wir später bei der Einzelngestaltung unseres Falles der inst. ex re certa besprechen.

kommt, jure heredis behalten, so wäre dieß geradezu juristisch unmöglich [5]).

4) Gesetzt aber, der Erblasser hat seinen Willen, der Erbe solle nichts als eine res certa bekommen, nur durch Angabe dieses gewollten Effekts ausgedrückt, ohne dabei zugleich den Weg der juristischen Realisirung dieses Effektes zu bezeichnen, so wird, soferne nur erhellt, mit Rücksicht auf welche Person der Erbe beschränkt sein soll, die Verfügung nichts destoweniger realisirt, und zwar auf dem unter 3 dafür als geeignet befundenen Wege. Dieß auf den Grund der in dem Römischen Rechte anerkannten Theorie über stillschweigende Fideikommisse.

Bei Fideikommissen entscheidet mehr der Wille als der Wortausdruck; gibt daher der Erblasser das von ihm Gewollte, und auf dem Wege der Fideikommisse Erreichbare, nur dem Effekte nach an, so wird dieser Effekt vermöge juristischer Construktion in der That an der Hand der Fideikommiß-Theorie realisirt, es wird angenommen, der Erblasser habe mit dem gewollten Effekte stillschweigends zugleich den geeigneten Weg seiner Realisirung durch Anordnung von Fideikommissen bezeichnet [6]). Diesem Gesichtspunkte gemäß finden sich in zahlreichen Beispielen stillschweigende Universal- wie Singular-Fideikommisse, und von letzteren wieder stillschweigende simple Fideikommisse wie Präfideikommisse; ja eine einzige Verfügung des Erblassers kann gleichzeitig mehrere Fideikommisse nach verschiedenen Richtungen hin enthalten, insofern nämlich zu ihrer Realisirung mehrere Fideikommisse nothwendig werden.

Bestimmt demnach der Erblasser, sein Erbe oder einer der Theilerben solle nur eine res certa bekommen („er begnüge sich mit ihr," „er sei zufrieden mit ihr" u. s. w.), und es erhellt, zu

---

[5]) s. oben S. 96 ff.

[6]) s. z. B. oben S. 64 Note 1 ff.

weſſen Dritten Gunſten dieſe Beſchränkung ſtatthaben ſoll (Beſchränkung eines Theilerben gilt ſchon von ſelbſt und im Zweifel als mit Rückſicht auf die unbeſchränkten Miterben angeordnet), dann ſind in der Beſchränkung auf die res doppelte verba fideicommissaria zu erkennen: der auf die res Gewieſene reſtituire die hereditas, beziehungsweiſe ſeine pars hereditatis an jenen Dritten als Univerſal-Fideikommiß, die res certa erhalte er als Singular-Fideikommiß. — Daß hier dieſe Behandlung von dem Römiſchen Rechte wirklich anerkannt iſt, könnten wir ſogar durch ausdrückliche Stellen beweiſen, und werden es auch ſpäter (Nummer III dieſes Paragraphen) thun, vorerſt indeſſen ſtellen wir uns auf den Standpunkt der erſten Begründer dieſer Behandlung, indem wir dieſelbe lediglich der anerkannten Theorie über ſtillſchweigende Fideikommiſſe als eine durchaus ſtatthafte Conſequenz abfordern.

5) Ganz dieſelbe Behandlung muß denn aber, wie nunmehr von ſelbſt erhellt, auch da eintreten, wo der Erblaſſer neben gehörig Eingeſetzten einen Erben geradezu ex re certa inſtituirt hat, eben weil (ſ. Nummer 1) dieſe institutio dahin aufzufaſſen iſt, als habe der Teſtator verordnet: X ſei mein Erbe, bekommen aber ſoll er nur die res certa. Mithin enthält hier die rei mentio (detrahirt für die Erbenqualität, beibehalten für das Bekommen) vermöge juriſtiſcher Conſtruktion die zweifachen verba fideicommissaria: der heres ex re certa institutus reſtituire die ihm detracta re geſchaffene pars hereditatis als ſtillſchweigendes Univerſal-Fideikommiß an die gehörig Eingeſetzten, und empfange die res certa als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß. — Die Realiſirung dieſer Conſtruktion kann dann in dem judicium fam. erc., ebenſogut aber auch durch die gewöhnlichen Rechtsmittel der Fideikommiſſare erfolgen.

Daß die Beſchränkung auf die res neben Aufrechterhaltung der Erbenqualität zugleich in keiner anderen als der angegebenen Weiſe juriſtiſch zu realiſiren iſt, erhellt eigentlich ſchon aus dem

Bisherigen, indessen sollen noch ausdrücklich die von Andern deßfalls aufgestellten Meinungen geprüft werden.

Manche, besonders Hennemann (s. oben Seite 329 a. E.), haben behauptet, der von Gordian genannte arbiter fam. erc. habe dem Instituirten die res erbvertheilungshalber zuzusprechen, wodurch dann derselbe, obwohl anfangs detracta re zur ganzen Erbschaft gerufen, die res als Erbportion (jure hereditario) erhalte, mithin nach der Hand wahrer Erbe auf die res werde. — Dem steht aber entgegen: 1) Wenn die Quellen sagen, die Beschränkung werde durch den arbiter fam. erc. bewirkt, so folgt daraus noch nicht, daß die res erbvertheilungshalber zugesprochen wird, indem (wie bereits öfter bemerkt) der arbiter fam. erc. gelegentlich der Erbtheilung auch noch andere Ansprüche unter den Miterben zu realisiren hat. — 2) Bloße Erbtheilung ist in der That nicht der geeignete Weg für den Erben, die res certa zu erhalten, denn eigentliche Erbtheilung ist nichts als reelles Verwerthen der partes hereditariae. Der arbiter fam. erc. also, sobald er bloß erbvertheilend fungirt, kann nicht immer die res dem Erben zusprechen, er kann es nur dann, wenn zufällig der Werth der res mit dem Werthe der detracta re geschaffenen pars hereditaria (an welcher doch festgehalten werden muß) übereinstimmt; aber selbst bei solcher Werthgleichheit muß er nicht dem Erben gerade diese res zusprechen, es ist des Theilungsrichters arbitrium, was er erbvertheilungshalber jedem der Erben adjudiciren will, sofern er nur die Werthgröße der partes hereditariae einhält. Soll er verpflichtet sein, einem Erben ein bestimmtes Objekt zuzuweisen, soll also zugleich dieser Erbe ein wirkliches Recht darauf haben, so kann dieß nur auf den Willen des Erblassers, mithin nur auf ein Vermächtniß basirt sein[7]); der arbiter hat dann dieses Vermächtniß nur gelegentlich der eigent-

[7]) s. auch oben Seite 144. 145. 189. 196.

lichen Erbtheilung mit zu realiſiren [8]). — 3) Geſetzt, die res könnte erbvertheilungshalber dem Erben zugeſprochen werden, ſo könnte er doch durch bloße Erbtheilung mindeſtens nicht auf die res beſchränkt werden, indem weder eine gerichtliche [9]) noch eine außergerichtliche [10]) Erbtheilung im Stande iſt, einen Erben von ſeinem Erbantheile an den Schulden mit der Wirkung zu befreien, daß die Gläubiger daran gebunden ſind. — 4) Geſetzt endlich, dem Erben könnte bloß erbvertheilungshalber ausſchließlich die res zugewendet werden, ſo würde er dadurch doch nicht Erbe auf die res, dieſelbe würde nicht ſeine Erbportion. Daß einem Erben Nachlaßbeſtandtheile auf ſeinen Erbtheil gegeben werden, hat juriſtiſch nur den Sinn, daß er ſie in reeller Verwerthung ſeiner pars hereditaria empfängt, nicht aber den Sinn, daß er dieſelben titulo hereditario erhält; jure heredis hat er die ihm zugewieſene res fortwährend nur zu dem von Anfang an in ſeiner pars gelegenen Theile, während er die übrigen Theile der res aus den partes der Miterben titulo singulari unter Lebenden erhält, bei gerichtlicher Erbtheilung durch adjudicatio, bei außergerichtlicher durch ein tauſchähnliches [11]) Geſchäft zwiſchen ihm und den Miterben.

Von anderer Seite [12]) iſt behauptet worden, unſer Eingeſetzter habe in dem Rechte vor Juſtinian's c. 13 C. de her. inst. in der That nicht vollſtändig auf die res certa beſchränkt werden können; ausgehend nämlich wiederum von der Vorausſetzung, der Erbe erhalte in dem judicium fam. erc. die res erbvertheilungshalber, kam man zu dem, dann allerdings richtigen [13]) Reſultate, der Theilungsrichter habe den Erben

---

[8]) ſ. oben Seite 148 Note 5.
[9]) fr. 2 §. 3, fr. 3 D. fam. erc. (10. 2), ſ. auch oben Seite 332 Note 5.
[10]) c. 23 C. fam. erc. (3. 36).
[11]) c. 23 C. cit.
[12]) ſo Arndts, ſ. oben Seite 337.
[13]) ſ. Note 9 u. 10.

wenigſtens nicht von ſeinem Erbantheile an den Schulden befreien können. Allein abgeſehen davon, daß nach dem vorhin gegen Hennemann Ausgeführten bloße Erbtheilung unmöglich der Titel für die Zuwendung der res ſein kann, wird die totale Beſchränkung unſeres Eingeſetzten auf die res ſchon für das vorjuſtinianeiſche Recht deutlich in jenem Reſcripte Gordian's (ſ. oben Seite 366) ausgeſprochen. — Wenn man übrigens dabei noch bemerkt hat, der Eingeſetzte habe nach geſchehener Erbtheilung im Effekte einem Legatare gleichgeſtanden, ſo erſcheint auch dieß wieder auf den Grund bloßer Erbtheilung nicht gerechtfertigt: titulo singulari hätte er dann allerdings die res (außer dem ihm jure heredis verbleibenden Theile derſelben), allein darum doch keineswegs (ſ. Note 11) wie ein Legatar.

II. Der von uns behauptete juriſtiſche Weg der Beſchränkung des Eingeſetzten auf die res erſcheint aber nicht blos durch die Principien des römiſchen Erbrechts geboten, er findet ſich auch poſitiv anerkannt in denjenigen Fällen einer institutio ex re certa, welche wir in dem zweiten und dritten Abſchnitte unſrer Abhandlung kennen gelernt haben, ſoferne dort ausnahmsweiſe eine Beſchränkung, und zwar eine totale Beſchränkung auf die res möglich wird.

1) Iſt nur ein einziger Erbe, dieſer aber auf eine res certa (und zwar direkt ex re, nicht excepta re certa) eingeſetzt, und es erhellt zugleich aus einer ſonſtigen (in dieſem Teſtamente enthaltenen oder früheren oder ſpäteren) Willenserklärung des Erblaſſers, zu weſſen Dritten Gunſten die Beſchränkung des Eingeſetzten auf die res ſtatthaben ſoll, ſo wird dieſelbe dadurch realiſirt, daß der Erbe die ihm detracta re geſchaffene hereditas als Univerſal-Fideikommiß an den Dritten zu reſtituiren, die res certa aber aus der reſtituirten hereditas als Vermächtniß zu erhalten hat. Dieſe Behandlung iſt namentlich für einen einzelnen hieher gehörigen Fall (institutio ex re certa in einem zweiten Teſtamente) durch ein in §. 3 J. quib. mod. test. in-

firm. (2. 17) und in fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36. 1) enthaltenes Reſcript der Kaiſer Severus und Antoninus vorgezeichnet.

Alle jene früheren Erörterungen (S. 73 ff.) werfen nunmehr ein bedeutendes Licht auf die Behandlung der rei mentio in dem uns gegenwärtig beſchäftigenden Falle der institutio ex re certa. Wir haben dort geſehen, es iſt nicht nothwendig, daß der Teſtator ausdrücklich verfügt, die hereditas ſolle an einen Dritten reſtituirt werden, es genügt, daß ein Dritter erhellt, zu deſſen Gunſten der Eingeſetzte nach des Erblaſſers Willen beſchränkt ſein ſoll; unter dieſer Vorausſetzung enthält ſchon die bloße rei mentio an ſich hinreichende verba fideicommissaria des genannten Inhalts, wie dieß namentlich auch (Seite 78 ff.) bezüglich des jenem Reſcripte von Severus und Antoninus unterlegenen Falles nachgewieſen worden iſt.

Nun ſteht es aber hinſichtlich der Kenntlichkeit desjenigen, zu deſſen Gunſten der ex re certa Inſtituirte beſchränkt ſein ſoll, offenbar auf einer Linie, ob der Erblaſſer z. B. im erſten Teſtamente den A gehörig (ex asse), dann aber in einem zweiten Teſtamente den B auf einen fundus eingeſetzt hat, oder ob er ſogleich in einem und demſelben Teſtamente den A gehörig, den B auf den fundus inſtituirt. Sowie daher B dort die ihm detracta re geſchaffene hereditas, ſo muß er hier die ihm ebenſo geſchaffene pars hereditaria an den A als Univerſal-Fideikommiß zu reſtituiren haben, hier wie dort ferner muß er die res certa als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß erhalten.

2) Sind ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt, dieſe res aber erſchöpfen nicht zugleich den ganzen Nachlaß, ſo erhalten die Eingeſetzten zwar die res als ſtillſchweigende Präfideikommiſſe, total beſchränkt werden können ſie dagegen auf dieſelben nur dann, wenn noch aus einem beſonderen Willen des Erblaſſers ein Dritter erhellt, welchem das Unvertheilte zufallen ſoll. Iſt dieß der Fall, dann realiſirt ſich jene totale Beſchrän-

kung wiederum eben dadurch, daß die Inſtituirten ihre partes hereditariae an den Dritten als Univerſal-Fideikommiſſar zu reſtituiren haben, die res certae aber als ſtillſchweigende Singular-Fideikommiſſe erhalten, wie dieß namentlich (ſ. oben Seite 166) durch die Baſiliken bezeugt wurde, welche den in jenem Reſcripte von Severus und Antoninus angegebenen Rechtsſatz unbedenklich auch da gelten laſſen, wo in dem zweiten Teſtamente mehrere Erben, und zwar dieſe ſämmtlich auf res certae eingeſetzt ſind.

Nun iſt es aber für Behandlung der rerum mentio wiederum offenbar eins und daſſelbe, ob z. B. der Erblaſſer in einem früheren Teſtamente den A gehörig, in einem ſpäteren den B und den C auf res certae (welche den Nachlaß nicht erſchöpfen) eingeſetzt hat, oder ob er ſogleich in Einem Teſtamente den A gehörig, den B und C daneben auf res certae inſtituirt. Die ex re Inſtituirten müſſen dort an den A als an einen Nichterben, hier an den A als gehörig eingeſetzten Miterben ihre partes hereditariae zu reſtituiren haben, und die res certae in einem Falle wie in dem andern als ſtillſchweigende Singular-Fideikommiſſe erhalten.

III. Aber noch mehr! ſogar ſpeciell für den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa zeigen die Quellen ſelbſt den von uns behaupteten Weg der totalen Beſchränkung auf die res ganz unzweideutig an, indem ſie dieſen Fall mit gewiſſen anderen Verfügungen, welche anerkannt dieſen Effekt haben, ausdrücklich auf Eine Linie ſtellen.

1) Die Verfügung, wonach einem Erben ein fideicommissum hereditatis aufgegeben und zugleich eine res certa als Singular-Vermächtniß zugewendet iſt, findet ſich nicht nur in ganz ausdrücklicher deßfallſiger Anordnung, ſondern auch in folgenden mehr oder minder verhüllten Geſtalten:

a) der Erblaſſer legt dem Erben auf, ſeinen Erbtheil zu reſtituiren praecepta, deducta, retenta, accepta certa re, quan-

titate vel summa [14]). Durch ſolche Verfügung kann dem Univerſalerben die Reſtitution der ganzen Erbſchaft an einen Nichterben, dem Theilerben die Reſtitution ſeiner pars hereditaria an einen Nichterben oder Miterben auferlegt ſein, und zwar dem Teſtamentserben im Teſtamente oder in einem ſpäteren Codicille, dem Inteſtaterben in einem Inteſtat-Codicille. Ueberall hier iſt das Univerſal-Fideikommiß ausdrücklich angeordnet, dagegen das Vermächtniß der res certa nur ſtillſchweigends, indem die Worte praecepta etc. certa re als verba fideicommissaria behandelt werden.

b) Einem Erben iſt auferlegt: „restituas portionem hereditariam (hereditatem) Titio contentus certa re," was dann ebenfalls wieder im Teſtamente oder Codicille, zu Gunſten von Miterben oder Nichterben geſchehen kann [15]). Auch bei dieſer Verfügung iſt das Univerſal-Fideikommiß ausdrücklich, das Vermächtniß einer res nur ſtillſchweigends angeordnet, das Wort contentus gilt als verbum fideicommissarium [16]).

---

[14]) §. 9 J. de fid. her. (2. 23). fr. 13 §. 6 D. de her. pet. (5. 3). fr. 1 §. 8 D. quando de pec. (15. 2). fr. 3 §. 3 D. usur. (22. 1) de fr. 5 §. 15 D. de don. inter vir. (24. 1). fr. 125 D. de leg. I. fr. 77 pr. D. de leg. II. fr. 11 §. 3, fr. 40 §. 1 D. de leg. III. fr. 43 pr. fr. 109 D. de cond. et dem. (35. 1). fr. 90. fr. 91. fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2) fr. 1 §. 16, 17, 21, fr. 27 §. 14, fr. 30 §. 4, fr. 56, fr. 58 §. 3. fr. 63 §. 3, 5, 6, fr. 72, fr. 78 §. 13 D. ad Sct. Treb. (36. 1). — v. Buchholtz, Prälegate S. 255 ff. — Ueber den Zweck und die praktiſche Bedeutung dieſer Verfügung ſ. bereits oben S. 109 Note 28, überhaupt war ſchon in §. 7 unſerer Abhdl. vielfach von dieſer Verfügung die Rede.

[15]) c. 2 C. de codic. (6, 36): Philippus A et Philippus C. Asclepiodotae. Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est; verbis tamen precariis per hujuscemodi etiam novissimi judicii ordinationem jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueris consecuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. — c. 11 C. ad leg. Falc. (6. 50): Gordianus A. Maximae. Si, ut allegas, pater tuus portionem, ex qua te fecit heredem, fratribus tuis restituere jussit, certisque speciebus pro Falcidia praecepit esse contentam, auxilium legis Falcidiae, quod imploras, apud suum judicem non prohiberis flagitare.

[16]) fr. 11 §. 4 D. de leg. III.

c) Der Erblaſſer legt im Teſtamente oder im Codicille einem Erben ſchlechthin nur folgendes auf: „contentus sis certa re,“ etwa noch mit dem Zuſatze „pro portione hereditatis“ [17]), oder „pro omni hereditate“ [18]), oder „pro parte tua“ [19]), oder „pro hereditate, quam tibi reliqui“ [20]). In dieſem Falle iſt ein Singular- und ein Univerſal-Fideikommiß bloß ſtillſchweigends angeordnet, d. h. die Verfügung wird, inſofern nicht aus beſonderen Umſtänden eine andere Abſicht erhellt [21]), ſo behandelt, als habe der Erblaſſer verordnet, der Erbe ſolle die Erbſchaft, beziehungsweiſe ſeinen Erbtheil an einen Dritten reſtituiren, die res certa aber als Vermächtniß erhalten. Dabei muß jedoch, wie natürlich, die Perſon des Dritten, zu deſſen Gunſten der Erbe alſo beſchränkt ſein ſoll, aus der Abſicht des Erblaſſers beſtimmt erhellen; in dieſer Beziehung ſind nun dann, wenn einem Theilerben aufgegeben iſt, contentus certa re zu ſein, ſchon im Zweifel und ſelbſtverſtändlich ſeine ohne gleiche Beſchränkung eingeſetzten Miterben diejenigen, mit Rückſicht auf welche die ihm auferlegte Beſchränkung verſtanden und in angegebener Weiſe realiſirt wird.

Alle dieſe, bereits oben (S. 372) aus den Grundſätzen über ſtillſchweigende Fideikommiſſe gefolgerten, Sätze werden deutlich ausgeſprochen in folgender Stelle:

fr. 69 pr. D. de leg. II. (Papinianus, lib. XIX Quaestionum): Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis —? Petere poterunt coheredes partem heredi-

---

[17]) c. 2 C. de jure dot. (5. 12).
[18]) fr. 27 §. 1. D. de leg. III.
[19]) fr. 69 pr. D. de leg. II.
[20]) fr. 69 pr. D. cit.
[21]) ſo in fr. 77 §. 30 D. de leg. II. ſ. oben Seite 139 Note 10.

tatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripsisset heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur : peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis decem aureis.

Gerade den Fall einer ſolchen Anordnung hat nun Juſtinian vor Augen in den oft erwähnten Worten der Nov. 115 c. 5 pr.:

Si vero quidam heredes nominati fuerint (alſo als Theilerben sine partibus inſtituirt ſind), etiam si certis rebus contenti esse jubeantur etc.,

und es erhellt nunmehr aus fr. 69 pr. D. cit. unzweifelhaft, daß in dieſem Falle der Novelle die partes hereditariae ſolcher Erben als Univerſal-Fideikommiſſe an die ohne gleiche Beſchränkung eingeſetzten Miterben, die res certae aber an die Erſteren titulo singulari, als Vermächtniſſe fallen.

2) Nun iſt aber Anordnung einer institutio ex re certa neben gehörigen Einſetzungen in der That nichts als der letzte Schritt weiter in Verhüllung der Verfügungen, welche ſtillſchweigends Auferlegung der Reſtitution des Erbtheils unter Zuwendung eines Singular-Fideikommiſſes enthalten; es iſt wenn auch nicht ganz nach den Worten der Anordnung, doch für den Effekt offenbar daſſelbe, ob der Erblaſſer einem gehörig Eingeſetzten den Zuſatz macht : contentus esto certa re, oder ob er ihn auf die res geradezu inſtituirt [22]). Dieß beſtätigt ſich auch poſitiv.

[22]) In ähnlicher Art haben wir (S. 194—195) die Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certae der in einem Teſtamente unter ſämmtlichen Erben angeordneten divisio bonorum gleichgeſtellt, und dieſe Gleichſtellung in dem Römiſchen Rechte poſitiv beſtätigt gefunden.

Bei Erörterung von §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und von fr. 29 D. ad Sct. Treb. haben wir (Seite 94 u. 95) gesehen, daß Severus und Antoninus das Rechtsverhältniß des im zweiten Testamente auf eine res certa Instituirten gegenüber den früheren Testamentserben auf die bloße rei mentio hin (ohne daß der Erblasser noch ausdrücklich auf das frühere Testament hingewiesen hat) dahin angeben: „ut contentus rebus sibi datis — hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant.“ Und daß speciell die Anordnung einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen auf Eine Linie mit dem Falle, wenn der Testator einen gehörig instituirten Theilerben aufgibt: contentus sis certa re, gestellt wird, erhellt — noch ganz abgesehen von c. 13 C. de her. inst. — aus der Art, wie Julian jene Worte der Nov. 115 cap. 5 pr. wiedergibt (s. oben Seite 350), woraus sich denn weiter ergibt, daß auch für eine solche institutio ex re certa die von Papinian in fr. 69 pr. D. de leg. II angegebene Realisirungsweise der Beschränkung auf die res maßgebend wird.

Durch das Vorstehende ist, wie wir glauben, auf das Vollständigste der Beweis erbracht für die oben (Seite 367) aufgestellte Behauptung: der neben gehörig Eingesetzten ex re certa Instituirte hat in Realisirung seiner Beschränkung auf die res die ihm detracta re geschaffene pars hereditatis als Universal-Fideicommiß an die gehörig Eingesetzten zu restituiren, während er die res als Singular-Vermächtniß erhält. — Diese ganze Behandlung gilt aber, wie jetzt weiter zu bemerken ist, nur für den gewöhnlichen und regelmäßigen, bisher ausschließlich vorausgesetzten, Fall der institutio ex re certa, wenn nämlich der Erbe direkt auf eine res certa eingesetzt ist, und zugleich die gehörig Eingesetzten diejenigen sind, an welche nach dem Willen des Erblassers das Uebrige fallen soll.

Ausnahmsweise kann die Verfügung in der einen oder anderen dieser Beziehungen von dem gewöhnlichen Falle abweichen, wo dann auch ihre juristische Behandlung eine andere als die bisher angegebene sein muß.

1) Es kann sein, der Erbe ist zwar direkt auf eine res certa instituirt, allein er soll nach dem Willen des Erblassers nicht zu Gunsten der gehörig eingesetzten Miterben, sondern zu Gunsten eines dritten Nichterben auf die res beschränkt sein. Dieß möchte nur da vorkommen, wo dem oder den gehörig Eingesetzten certae partes, welche das Ganze nicht erschöpfen, zugewiesen sind, und zugleich der ex re Instituirte auf eine Sache von vergleichsweise unbedeutendem Werthe beschränkt ist, z. B. der Erblasser instituirt den A auf die Hälfte, den B auf eine res certa mit dem Bemerken, daß das Uebrige an den C (welcher nicht instituirt ist) fallen solle. In solchen Fällen bleibt dann die juristische Behandlung dem Grundtone nach dieselbe, wie die oben angegebene, nur daß als Universal-Fideikommissar bezüglich der pars des ex re Instituirten nicht der gehörig Eingesetzte, sondern der dritte Nichterbe in Betracht kommt, während das Vermächtniß der res certa dem auf diese Instituirten aus denselben partes zu entrichten ist, wie da, wo die Miterben als Universal-Fideikommissare erscheinen.

2) Es ist ferner möglich, daß ein Miterbe nicht direkt auf eine res certa, sondern excepta certa re instituirt ist. Die hier eintretende Behandlung richtet sich ganz nach dem bereits an einem früheren Orte (Seite 37 ff., Seite 93 Nummer I) über eine solche institutio ex re certa Bemerkten. Der Erbe behält seine pars hereditaria, und restituirt nur die res excepta (genauer gesagt: den in seiner pars liegenden Theil der res excepta) als Singular-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten. Ein solcher Fall verliert indessen, die stillschweigenden Fideikommisse einmal als gangbare Verfügungen angenommen, in der That fast gänzlich das Ansehen einer institutio ex re

certa, er ſtellt ſich ſchon ſeiner Anordnung nach wie eine gehörige Einſetzung dar, verbunden mit einem dem Eingeſetzten zu Gunſten der Miterben ſtillſchweigends auferlegten Singular-Fideikommiſſe. — So nimmt es denn auch das Römiſche Recht, wie aus folgender hierher gehörigen Stelle hervorgeht:

fr. 86 pr. D. de leg. II. Papinianus lib. XIII Respons. — Cajus Sejus pronepos meus heres mihi esto ex semisse omnium bonorum, excepta domu mea, et paterna, in quibus habito, cum omnibus, quae ibi sunt. Quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere; quaero, quum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an haec omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Paulus: respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia, in ceteris vero nullum praenepoti locum esse.

Der Juriſt läßt die ungeachtet der Einſetzung ex semisse hier doch eigentlich vorliegende institutio ex re certa außer aller Rückſicht, er ſieht es als ſelbſtverſtändlich an, daß Cajus Sejus als gehörig eingeſetzt gilt, und nur ſeinen Antheil an den rebus exceptis den Miterben als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß herauszugeben hat, die Frage beſchäftigt ſich lediglich damit, was alles zu dieſem Fideikommiſſe gehöre [23]). — Auch wir werden in dem Folgenden des Falles einer institutio excepta certa re nicht weiter gedenken.

Werfen wir zum Schluſſe einen Blick auf das in dieſem Paragraphen Ausgeführte zurück, ſo tritt uns, ganz ſo wie in den beiden vorigen Abſchnitten (S. 73, S. 150 ff.), noch fol-

[23]) S. auch oben Seite 66 Note 9, Seite 93 Note 1.

gende rechtshiſtoriſche Wahrnehmung entgegen. Die Realiſirung der Beſchränkung des Inſtituirten auf die res certa kann erſt aufgekommen ſein nach bereits erſtarkter Fideikommißtheorie[24]), denn ſie geſchieht nach den Grundſätzen über ſtillſchweigende Fideikommiſſe. Mit Unrecht aber würde man annehmen, daß darum vorher unſer Fall der institutio ex re certa überhaupt nicht als gültig anerkannt geweſen ſei; vielmehr, ſobald auch nur für Einen der (nur von uns im Intereſſe wiſſenſchaftlicher Darſtellung in verſchiedene Abſchnitte getrennten) Fälle der Satz anerkannt war: der ex re Inſtituirte iſt Erbe detracta re, galt dieß ſicherlich (Seite 140. 141) gleichzeitig für alle Fälle. Das aber war jedenfalls ſchon zur Zeit des Aquilius Gallus geſchehen.

Damals alſo, und noch lange nachher bekam und behielt der ex re Inſtituirte auch neben gehörig Eingeſetzten die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria, ſie wurde ihm verwerthet in dem judicium fam. erc., die rei mentio blieb auch für das Bekommen detrahirt. Es gab ſonach wirklich eine Zeit, da unſer heres keineswegs auf die res certa beſchränkt war, und das Römiſche Recht ließ ſich dadurch weder von dem Detrahiren der rei mentio abhalten, noch zu einer anomalen Behandlung bewegen, um dem Eingeſetzten nur ja die res, auf welche man heutzutage ſo gerne Gewicht legt, zu verſchaffen.

§. 21.

B. Juſtinian's const. 13 Cod. de her. inst.

Der Erfolg hat gezeigt, wie der innere Zuſammenhang und die Quellen in der That ein reichhaltiges Material bieten, um

---

[24]) Wohl gleichzeitig mit den oben Seite 377 Nummer a—c erwähnten Verfügungen: restituas hereditatem accepta deducta etc. certa re, restituas hereditatem contentus certa re, contentus sis certa re.

mit völliger Sicherheit festzustellen, in welcher Art sich eine neben gehörigen Einsetzungen angeordnete institutio ex re certa, vorerst abgesehen von Justinian's c. 13 C. de her. inst., dem Grundsatze nach gestaltet. Zugleich aber lassen die gewonnenen Resultate nunmehr in sehr einfacher Weise den Sinn dieser Verordnung und ihr Verhältniß zu dem unmittelbar vorhergehenden Rechte erkennen.

Wir führen vorerst die Worte der Constitution dem Leser nochmals vor.

> c. 13 Cod. de her. inst. (6. 24). Imp. Justinianus A. Mennae P. P. — Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri. Dat. VIII Id. April. Constantinop. Decio V C. Cons. (529).

Dieses Edict enthält, wie der erste Blick zeigt, zunächst bis zu dem Worte referuntur einen einleitenden Theil als Vordersatz, den Fall angebend, für welchen eine Rechtsregel aufgestellt werden soll, sodann folgt mit den Worten eos tantummodo u. s. w. der eigentlich dispositive Theil.

I. Was den einleitenden Theil betrifft, so wird:

1) von dem Kaiser der Fall vorausgesetzt, daß neben gehörig und unbeschränkt Eingesetzten (s. unten Nummer 3) certi ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt.

Die in den angezogenen Worten zuerſt genannten Honorirten ſind klar und deutlich eigentliche heredes ex re certa instituti, es erhellt alſo, daß, ſoweit das Edict dieſe betrifft, Juſtinian gerade ſpeciell die uns gegenwärtig intereſſirende letztwillige Verfügung (institutio ex re certa neben gehörigen Einſetzungen) im Auge hat.

Allein es fragt ſich: wie ſind der Anordnung nach diejenigen aufzufaſſen, welche certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt?

Hennemann (ſ. oben S. 330) und nach ihm beſonders v. Vangerow [1]) erklären dieſelben für ſolche, welche von dem Teſtator überhaupt nicht zu Erben eingeſetzt, ſondern angewieſen ſeien, ſich ſtatt der Einſetzung mit beſtimmten Sachen zu begnügen, welchen alſo der Erblaſſer ein bloßes Legat hinterlaſſen habe. Dieſe Auffaſſung, offenbar nur entſtanden, um die folgenden Worte „quos legatariorum loco haberi certum est“ von den eigentlichen heredes ex re certa gänzlich abzulenken, läßt ſich jedoch in keiner Weiſe rechtfertigen. Vorerſt hat dieſelbe alle inneren Gründe gegen ſich; ein ſolchergeſtalt im Hennemann'ſchen Sinne Honorirter hat entweder ein wirkliches Recht auf heredis institutio, oder er hat kein ſolches Recht; im erſten Falle wäre es juriſtiſch unſtatthaft, ihn ſtatt der gebührenden Erbeseinſetzung mit einem bloßen Vermächtniſſe abzufinden (ſ. auch oben S. 330, Note 3), im zweiten Falle würde ſogleich die Frage entſtehen: was ſollte den Teſtator dazu bewegen, der Hinterlaſſung eines Vermächtniſſes den Zuſatz beizufügen, der Honorirte ſolle ſich damit ſtatt der Einſetzung begnügen? ein ſolcher Zuſatz wäre doch ſicher ebenſoſehr wie die exheredatio eines extraneus [2]) eine res inepta. Außerdem ſteht jener Deutung die grammatiſche Auffaſſung der Worte

[1]) Leitfaden für Pand. Vorleſ. Bd. II, S. 156, Nummer 1.
[2]) fr. 132 pr. D. de verb. obl. (45. 1).

Juſtinian's entgegen. Einmal nämlich kann, wie ſchon v. Löhr [3]) hervorgehoben hat, das „pro sua institutione“ nicht überſetzt werden: „der X ſoll mit der und der Sache ſtatt der Erbeseinſetzung zufrieden ſein,“ ſondern dieſem Ausdrucke würde nur eine wirkliche, aber mit Beſchränkung auf eine res verſehene Einſetzung entſprechen, er wäre demnach zu überſetzen: „der Eingeſetzte X ſoll ſich ſtatt ſeines Erbtheiles mit beſtimmten Sachen begnügen.“ Ferner bezeichnet Juſtinian ausdrücklich auch dieſe Honorirten als zu Erben eingeſetzt, die Worte: quoties certi ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt laſſen ſich nämlich nicht überſetzen: „wenn Einige auf res certae zu Erben eingeſetzt ſind, oder wenn Einige mit res certae u. ſ. w. zufrieden ſein ſollen,“ ſondern ſind alſo wiederzugeben: „wenn einige Erben entweder auf res certae eingeſetzt, oder angewieſen ſind, ſich mit beſtimmten Sachen u. ſ. w. zu begnügen.“ Das Wort heredes geht auf beide Arten von Honorirten.

Dieſe richtige grammatiſche Auffaſſung öffnet denn zugleich das Verſtändniß. Das „pro sua institutione“ iſt nichts als ein anderer Ausdruck für den Zuſatz, welcher in anderen Stellen [4]) durch die Worte: „pro portione hereditatis,“ „pro omni hereditate,“ „pro parte tua,“ „pro hereditate, quam tibi reliqui“ dem contentus sis certa re für einen wirklich Eingeſetzten beigefügt iſt. Ueberall hier hat der Teſtator folgende Anordnung getroffen: „X ſei mein Erbe, allein ſtatt deſſen, was er ex institutione erhalten würde [5]), begnüge er ſich mit der und der res certa.“

Gerade der Umſtand nun, daß Juſtinian in dieſer Verordnung die neben gehörig Eingeſetzten ex re certa Inſtituirten

---

[3]) In v. Linde's Zeitſchr. Bd. XIX, S. 80. 81.
[4]) S. oben Seite 379, Note 17—20.
[5]) S. auch oben Seite 269 in der Note.

auf Eine Linie stellt mit denjenigen, welche zwar gehörig eingesetzt, aber angewiesen sind, sich mit bestimmten Sachen zu begnügen, wird für die Aufhellung der rechtlichen Gestaltung unserer institutio ex re certa von entscheidender Wichtigkeit. Schon diese gesetzliche Gleichstellung nämlich führt darauf hin, daß beide Verfügungen, obwohl den Worten ihrer Anordnung nach etwas verschieden, doch auf ein und denselben Effect hinzielen, und darum hinsichtlich des Bekommens dieselbe Construktion, dieselbe juristische Wirkung haben müssen. Diese Wirkung findet sich aber für denjenigen Eingesetzten, welcher certis rebus contentus sein soll, von den Quellen positiv und ausdrücklich angegeben; wir wissen (s. oben Seite 379 ff.) aus fr. 69 pr. D. de leg. II und noch für die Zeit nach c. 13 C. de her. inst. aus Nov. 115 cap. 5 pr., daß derselbe wahrer Erbe ist, wir wissen ferner aus fr. 69 pr. cit., daß sich seine Beschränkung auf die res certa dahin realisirt: er hat seine pars hereditaria den unbeschränkt eingesetzten Miterben als fideicommissum hereditatis zu restituiren („pro sua institutione" ist der juristischen Behandlung dieser und ähnlicher Worte nach nichts als ein anderer Ausdruck für „restituas portionem"), und erhält die res certa als Singular-Vermächtniß. Ganz dieselbe Behandlung, so durfte man schon aus Justinian's Gleichstellung schließen, gilt daher auch für unsere institutio ex re certa, und es ist in der That zu verwundern, daß die gemeine Meinung, indem sie im Gegensatz zu der Hennemann'schen diejenigen, welche contenti certis rebus pro sua institutione jussi sunt, dem Sinne der Anordnung nach richtig auffaßt, doch durch Nichtberücksichtigung von fr. 69 pr. D. cit. die juristische Behandlung dieser Anordnung übersehen hat, und somit auch nicht darauf aufmerksam geworden ist, daß ganz dieselbe Behandlung bei unserer institutio ex re certa gelten müsse.

Für uns aber, die wir bereits aus anderen Gründen, unabhängig von c. 13 Cod. de her. inst., die Behandlung der institutio ex re certa und das rechtliche Gleichstehen dieser Verfügung mit dem Falle, wenn der Testator dem gehörig eingesetzten Theilerben aufgegeben hat, certis rebus contentus zu sein, ermittelt haben, dient die in gegenwärtiger Constitution ersichtliche Gleichstellung beider Anordnungen nur zur Bestätigung der bereits in dem vorigen Paragraphen gewonnenen Resultate. Auch bestätigt sich durch diese Verordnung die schon früher (S. 350) auf Vergleichung von Nov. 115 cap. 5 pr. mit Julian's Auszug aus dieser Novelle gemachte Bemerkung, daß das Römische Recht beide beschränkte Einsetzungen selbst ihrer Anordnung nach unbedenklich als ein und dieselbe Verfügung ansieht, denn wir bemerken, daß Justinian nachher in dem dispositiven Theile von c. 13 C. de her. inst. nur noch die heredes ex re certa scripti ausdrücklich nennt, während doch das Gesagte ebenso von Denjenigen gilt, welche certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt.

2) Unmittelbar an die unter Nummer 1 erörterten Worte reiht Justinian die Bemerkung: „quos legatariorum loco haberi certum est.“

Hennemann und nach ihm besonders v. Vangerow, die Ansicht theilend, daß mit dem „legatariorum loco“ wirkliche und reine Vermächtnißnehmer gemeint seien, wollen, um ein solches Resultat von dem eigentlichen heredes ex re certa instituti fern zu halten, diesen Zwischensatz lediglich auf die unmittelbar vor demselben Genannten, welche certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, beziehen. Eine solche Beschränkung erscheint indessen schon grammatisch als eine gezwungene, selbst wenn man mit Rousſard quo statt quos lesen wollte [6]), sie entbehrt aber überdieß jeder inneren Rechtfertigung,

[6]) Rousſard erklärt dieses quo mit propter quod. Einen verschiede-

indem dieſe Honorirten, wie wir wiſſen, nach Anordnung und rechtlicher Behandlung in der That als wahre Erben daſtehen.

Vielmehr iſt, was auch immer die gemeine Meinung war, das „quos legatariorum loco haberi certum est“ ganz gleichmäßig auf beide vorangeſtellte Arten von Honorirten zu beziehen. Allein was bedeuten dieſe Worte? Diejenigen, welche unſerem heres ex re certa die Erbenqualität völlig abſprechen, haben in denſelben von jeher den klaren geſetzlichen Beweis ihrer Anſicht zu finden geglaubt; dieß auf die Annahme hin, der Kaiſer ſage hier, es ſei gewiß, daß jene Honorirten wirkliche und reine Legatare ſeien. Von dieſer Auffaſſung aber hätte ſchon der bloße Inhalt der vorliegenden Verordnung abhalten ſollen. Einmal hätte dann der Kaiſer dieſelben wohl nicht bloß legatariorum loco [7]), ſondern geradezu legatarios genannt, dann aber und hauptſächlich wirft ſich doch unabweisbar die Frage auf: wie hätte es, wenn ihre reine Legatarien-Eigenſchaft bereits ausgemachten Rechtens war, noch eines beſonderen Edikts bedurft, um ſie von den actiones hereditariae auszuſchließen, an welchen ſie dann doch ſchon vorher nach allgemeinen Grund-

---

nen Sinn geben beide Leſarten im Weſentlichen nicht; die Leſart quos möchte übrigens ſchon darum vorzuziehen ſein, weil ſie beſſer correſpondirt mit dem nachfolgenden qui pro veterum etc., womit die unbeſchränkt Eingeſetzten charakteriſirt werden.

[7]) Doch ſoll hierauf kein zu großes Gewicht gelegt werden. Allerdings bezeichnet, worauf Deurer (Grundriß für äußere Geſchichte und Inſtitutionen des R. R. §. 182, Anmerk. 1 S. 324) aufmerkſam macht, das in den Quellen häufig und techniſch vorkommende Wort loco (filiae loco servi, postumorum, heredis, pignoris u. ſ. w. loco) einen dem im Genitiv genannten nur ähnlichen Zuſtand; allein in dem vorliegenden Falle dürften wir daraus, daß hiernach der beſchränkt Eingeſetzte nicht wirklicher Legatar iſt, noch nicht folgern, daß er darum Erbe ſei; indem auch derjenige, welchem die Erbſchaft ex Scto Pegasiano reſtituirt wurde, und der dann doch wirklich ein bloßer Singular-Succeſſor war, nur legatarii (partiarii) loco genannt wird. §. 3. 5. 6. J. de fid. her. (2. 23). Gaj. II. §. 251. 252. 354. Ulp. Fr. XXV §. 14.

sätzen[8]) weder aktiven noch passiven Antheil gehabt haben würden?

Mit Recht deuten daher Andere jene Worte dahin, die beschränkt Eingesetzten, obwohl in Wirklichkeit Erben, seien im Effekte des Bekommens den Legatarien gleichzuachten. Unklar aber und unsicher blieb man bis jetzt in der civilistischen Rechtfertigung dieses Effekts, was auch in der That nicht zu verwundern ist, insofern man die Aufklärung lediglich aus der Verordnung selbst erwartet. Indem Justinian die endliche Stellung der beschränkt Eingesetzten durch „quos legatariorum loco certum est“ nur charakterisirt, setzt er selbstverständlich die Art und Weise der juristischen Realisirung dieses Effektes als aus dem bisherigen Rechte bekannt voraus; auch der Interpret muß daher mit diesem Rechte bereits vertraut sein, wenn er den Sinn jener Charakteristik richtig auffassen soll.

In dieser Rücksicht haben wir denn durch die Erörterungen des vorigen Paragraphen, ganz unabhängig von der gegenwärtigen Verordnung, einen völlig sicheren Boden gewonnen. Beide Anordnungen realisiren sich, wie wir wissen, dahin: der Eingesetzte hat seine pars hereditaria (der heres ex re certa insbesondere die ihm detracta re geschaffene pars) den Miterben als Universal-Fideikommiß zu restituiren, während er die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß erhält. Sowie nun ein jeder Fiduciar restituta hereditate, so hört auch unser heres ex re certa, und ebenso der Eingesetzte, welcher certis rebus pro sua institutione contentus esse jussus est, nachdem seine pars an die Miterben restituirt ist, zwar nicht auf, Erbe zu sein[9]), wohl aber wird er rücksichtlich der Vermögensverhältnisse nicht mehr praktisch als Erbe behandelt, namentlich hat er keinen wirksamen Antheil mehr an den actiones hereditariae, indem

[8]) c. i. C. si certum petatur (4. 2). S. oben S. 157 Note 15.

[9]) §. 3 J. de fid. her. (2. 23): restituta hereditate is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet.

für und gegen ihn die exceptio restitutae hereditatis ſtattfindet [10]); andrerſeits erhält er, wie derjenige, welcher hereditatem restituere jussus est deducta, praecepta u. ſ. w. certa re [11]), die res certa nunmehr als quasi ex legato acquisita, indem dieſe Zuwendung zwar nicht ihrer ausdrücklichen Anordnung nach, wohl aber vermöge juriſtiſcher Conſtruktion als Vermächtniß in Betracht kommt. Sonach bleibt er in dem endlichen Effekte zwar Erbe, allein das Vermögen anlangend tritt er, in keiner Weiſe mehr praktiſch als Erbe behandelt, aus dem ganzen Verhältniſſe wie ein Vermächtnißnehmer heraus, wie wir denn früher (Seite 123) mit ganz ähnlichen Worten das endliche Reſultat auch für den Fall bezeichnet haben, da nur ein einziger Erbe eingeſetzt, aber zu Gunſten eines beſtimmten Dritten auf eine res certa beſchränkt iſt; was dort für den einzigen Erben gilt, wiederholt ſich hier für den beſchränkt eingeſetzten Miterben.

Hierdurch erhalten denn die ſo vielfach beſprochenen Worte „quos legatariorum loco haberi certum est“ ihre einfache Erledigung als Charakteriſtik der Stellung der beſchränkt Eingeſetzten *nach* der Reſtitution ihrer pars hereditaria an die Miterben. Der Kaiſer war berechtigt, den von uns angegebenen Effekt als etwas nach dem beſtehenden Rechte Gewiſſes (certum est) hinzuſtellen [12]), er war ebenſo berechtigt, ihn dahin auszudrücken, die beſchränkt Eingeſetzten ſeien legatariorum loco. Ganz parallel damit nennen die Quellen, wie bekannt, den Univerſal-Fideikommiſſar in ſeinem Verhältniſſe nach der an ihn geſchehenen

---

[10]) fr. 1 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1). fr. 27 §. 7 D. eod. : qui ex Scto Trebelliano hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur, *exceptione restitutae hereditatis* adjuvari vel summoveri potest.

[11]) §. 9 J. de fid. her. (2. 23).

[12]) Bezeichnet es ja ſchon *Gordian* in c. 1 C. Greg. fam. erc. als etwas Unzweifelhaftes (in dubium non venit), daß unſer heres ex re certa auf die res beſchränkt werde, ſ. oben Seite 366.

Reſtitution heredis loco [13]), indem derſelbe, an ſich ein Vermächtnißnehmer, und auch restituta hereditate nicht wirklicher Erbe geworden, doch von da an in den Vermögensbeziehungen praktiſch als Erbe behandelt wird [14]). Und in der That ſind in unſerem gegenwärtigen Falle die unbeſchränkt Eingeſetzten, ſoweit die pars des auf die res Beſchränkten an ſie reſtituirt iſt, heredis loco geworden, während ſie wirkliche heredes fortwährend nur zu den ihnen urſprünglich und direkt deferirten partes hereditariae bleiben.

Uebrigens iſt nun auch von ſelbſt klar, daß, was insbeſondere die institutio ex re certa neben gehörig Eingeſetzten betrifft, die Verordnung nur den hauptſächlichen und eigentlichen Fall derſelben (Einſetzung direkt auf eine res, ſodaß der Eingeſetzte dieſe Sache erben ſoll) vor Augen hat, nicht auch die Fälle, wenn der Teſtator mit der rei mentio nur eine demonstratio partis hereditariae beabſichtigt (S. 365 Note 2), oder aber einen der Erben excepta certa re inſtituirt hat (S. 382 Nr. 2); denn in dieſen Fällen wird der Eingeſetzte im Effekt nicht legatarii loco, er bleibt hier fortwährend auch praktiſch Erbe nach Verhältniß ſeiner pars hereditaria.

3) Weiter erhellt nunmehr, wie es zu verſtehen iſt, wenn Juſtinian unmittelbar nach den Worten quos — certum est die gehörig und unbeſchränkt Eingeſetzten alſo bezeichnet: „alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur.“ Der Kaiſer drückt damit den Gedanken aus, es ſeien das diejenigen Erben, welche (im Gegenſatze zu denjenigen, die im Effekte legatariorum loco werden) nach Verhältniß ihrer (von dem Teſtator zugewieſenen, oder für die sine

---

[13]) Gaj. II. §. 251. 252. — §. 3. 4. 6. J. de fid. her. (2. 23). fr. 44 §. 1 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[14]) §. 4 J. de her. (2. 23). fr. 1 §. 2, fr. 27 §. 7, fr. 40 pr. fr. 47 fr. 64 pr. D. ad Scd. Treb. (36. 1).

parte scripti durch Rechnung zu ermittelnden) unciae fortwährend auch praktisch als Erben behandelt werden.

Dieß war denn in dem älteren Rechte und bis zu dem Sct. Trebellianum unbedingt bei allen Erben der Fall [15]). Von da an aber und überhaupt seit erstarkter Fideikommißtheorie findet sich in den letztwilligen Verfügungen (Testamenten wie Codicillen) das quale und quantum des materiellen Bekommens für die erwarteten Erben mehr oder weniger von dem Erblasser selbst, unabhängig von den partes hereditariae, geregelt. Sowie wir in dem zweiten Abschnitte gesehen haben, daß der Erblasser häufig für seine sämmtlichen Erben das materielle Bekommen durch Anordnung einer divisio bonorum oder von institutiones ex re certa bestimmt, wo dann freilich bei der gleichen Lage aller Erben ein Jeder fortwährend auch praktisch pro rata hereditaria Erbe bleibt, und die res certae nur als Vermächtnisse erhält, so zeigt uns die ganze Lage der Quellen, wie es sehr gewöhnlich wurde, den einzigen Erben oder einen oder mehrere der Miterben für den Effekt auf bestimmte Vermögensgegenstände anzuweisen, was sich dann immer dahin realisirt, daß dieser Erbe seine pars hereditaria als Universal-Fideikommiß an denjenigen, mit Rücksicht auf welchen er beschränkt ist, zu restituiren hat, die res certa aber als Singular-Vermächtniß erhält, und sonach im Resultate legatarii loco wird, sei es, daß der Erblasser beides, Universal-Fideikommiß und Singular-Vermächtniß ausdrücklich und formell als solches angeordnet hat, oder daß (wie bei den in unserer Verordnung angegebenen beschränkt Eingesetzten) das von ihm nur dem Effekte nach Bezeichnete vermöge juristischer Construktion auf den Grund stillschweigender Fideikommisse in genannter Art realisirt wird.

---

[15]) d. h. eine Anordnung des Erblassers konnte nicht bewirken, daß der Erbe praktisch nicht dauernd als Erbe behandelt werde, die Fälle, in welchen er als unabhängig von dem Willen des Erblassers nach Rechtssatz nichts als das inane nomen heredis behält, (z. B. wegen Concurrenz mit einem bonorum possessor cum re, wegen Indignität, u. s. w.) berühren uns hier nicht.

II. Nachdem ſich durch das Bisherige der Vorderſatz unſerer Conſtitution an der Hand der im vorigen Paragraphen gewonnenen Reſultate auf das Vollſtändigſte erläutert hat, wenden wir uns nunmehr zu dem dispoſitiven Theile der Verordnung. Derſelbe lautet dahin: nur die gehörig und ohne Beſchränkung auf res Eingeſetzten ſollen „omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri, nec aliquam deminutionem earumdem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri.“

1) Vor Allem fragt es ſich: was iſt unter dieſen actiones hereditariae zu verſtehen? Gewöhnlich bezieht man dieſelben auf die Klagen aus den in der Erbſchaft enthaltenen Forderungen und Schulden, an dieſen alſo, ſagt man, ſollen die beſchränkt Eingeſetzten keinen Antheil haben. Allein der Begriff von actiones hereditariae fordert, wie wir glauben, eine genauere Beſtimmung.

Allerdings iſt es das Gewöhnliche, daß in den Quellen actiones hereditariae die Klagen aus (transmiſſibeln) Obligations-Verhältniſſen [16]) der Erbſchaft genannt werden, alſo einerſeits Klagen, welche dem Erben als ſolchen gegen die Erbſchaftsſchuldner (debitores hereditarii) [17]), andrerſeits Klagen, welche gegen den Erben als ſolchen den Erbſchaftsgläubigern (creditores hereditarii) [18]) zuſtehen, beides unter der natürlichen Vorausſetzung, daß die Obligation als wirklich zur Erbſchaft gehörig betrachtet werden kann, d. h. daß ſie wenigſtens ihrem

---

[16]) Dieß zeigt ſich auch in Inhalt und Stellung des Codextitels de act. hereditariis (4. 16); dieſer enthält nur Klagen aus Obligationsverhältniſſen und befindet ſich mitten unter Titeln, welche das Obligationenrecht betreffen.

[17]) z. B. fr. 13, §. 15, fr. 14, fr. 15 D. de her. pet. (5. 3). fr. 2 §. 8 D. de hor. vel act. vend. (18. 4.) c. 3. 4 Cod. de act. her. (4. 16.)

[18]) z. B. fr. 13, fr. 45 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5). fr. 34 §. 6 D. de leg. II. fr. 4 §. 22 D. de fid. libert. (40. 5). c. 1. 2. 3. 5. 6. 7. C. de act. her. (4. 16).

Keime nach [19]) entweder ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers, oder zwar erſt nach ſeinem Tode aber vor angetretener Erbſchaft, alſo in der hereditas jacens [20]) begründet, und eben darum durch die Erbſchaft [21]) dem Erben aktiv und paſſiv erworben iſt, während eine erſt nach dem Erbſchaftserwerb für den Erben entſtehende Obligation keine actio hereditaria, ſondern eine propria ipsius heredis actio erzeugt [22]).

Was dagegen die Klagen aus den übrigen, alſo den dinglichen Vermögensverhältniſſen betrifft, ſo ſind allerdings die gegen den Erblaſſer begründet geweſenen dinglichen Klagen keine actiones hereditariae, aus dem einfachen Grunde, weil dieſe ſich überhaupt nicht paſſiv vererben [23]). Wohl aber gehört un-

---

[19]) ſiehe z. B. fr. 84 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 7. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5).

[20]) fr. 36. §. 2 D. de her. pet. (5. 3). fr. 1 §. 6 u. 7 D. de injur. (47. 10).

[21]) fr. 1 §. 6 D. de injur. (47. 10). Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est, heredi quodammodo factam; semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare, quoties autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. Denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum sit, acquiri hereditati actiones, dubium non esse. Idemque putat, et si ante hereditatem servo hereditario injuria facta fuerit, nam per hereditatem actio heredi acquiretur.

[22]) fr. 36 §. 2 D. de her. pet. (5. 3). fr. 1 §. 6 D. de injur. (47. 10). fr. 2. §. 8 D. de her. vel act. vend. (18. 4). — Ebenſo wird in fr. 1 §. 26 D. si quid in fraud. cred. (38. 5) von der Klage des Patrons auf Revokation deſſen, was in fraudem ejus alienirt iſt, geſagt: non est hereditaria, i. e. ex bonis liberti, sed propria patroni.

[23]) Dingliche Klagen fordern in der Perſon des beklagten Individuums eine Nichtanerkennung, ſei es wirklichen Beſitz oder (bei der confessoria und negatoria actio) einen wirklich ſtörenden Zuſtand, dieſer aber als reines Faktum geht nicht auf den Erben über; nur wenn auch der Erbe ſelbſt ſich in demſelben Zuſtande der Nichtanerkennung befindet, haftet er, dann aber nicht als Erbe, ſondern als Beſitzer oder Störer. fr. 42, fr. 55 D. de rei vind. (6. 1). Daß dieß anders da iſt, wo der Erblaſſer dolo malo possidere desiit, oder ſonſt persona defuncti aliquid commissum est, erklärt ſich

ſerer Anſicht nach zu den actiones hereditariae die Geltendmachung der in der hereditas enthaltenen dinglichen Rechte. Dieß ſcheint ſich zunächſt durch folgendes zu erweiſen. In fr. 18 §. 2 D. de her. pet. (5. 3) ſagt Ulpian: „nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione [24]) : et placuit, universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint; unmittelbar darauf wird Ulpian's Deduktion unterbrochen durch das folgende fr. 19 D. eod. (entnommen aus Paulus ad Edictum), dann aber in fr. 20 D. eod. wieder aufgenommen, wo es dann in §. 4 dieſes Fragments heißt: „quum praediximus, omnes hereditarias actiones in hereditatem venire.“ Dieſes praediximus bezieht ſich offenbar auf das in fr. 18 §. 2 D. cit. Angegebene; wenn nun in letzterer Stelle geſagt wird, mit der hereditatis petitio könnten alle res hereditariae, sive jura, sive corpora sint, geltend gemacht werden, dieß aber in fr. 20 §. 4 D. cit. mit omnes hereditariae actiones wiedergegeben wird, ſo erhellt doch daraus (obwohl der fernere Verlauf der letzteren Stelle nur eine Forderungsklage im Auge hat) ſicherlich, daß zu den actiones hereditariae auch die Geltendmachung der corpora hereditaria, überhaupt der transmiſſiblen dinglichen Rechte gehört. — Ferner iſt durchaus kein innerer Grund erſichtlich, warum die actiones hereditariae lediglich auf die Geltendmachung der in der hereditas enthaltenen Obligationsverhältniſſe beſchränkt werden ſollten; finden wir doch auch bei der Ceſſion den Ausdruck actiones praestare für Abtretung dinglicher [25]) wie perſönlicher Klagen gebraucht. — Dazu kommt aber weſentlich noch

---

einfach; die Klage iſt hier, obwohl ſie in rem heißt, in der That eine Forderungsklage ex delicto, und vererblich ſoweit wie dieſe überhaupt. fr. 42 D. cit. fr. 52 D. eod. v. Savigny Syſtem, Bd. V S. 203.

[24]) Die hereditatis petitio ſelbſt iſt keine actio hereditaria, wie ſich weiter unten zeigen wird.

[25]) fr. 21, fr. 63 D. de rei vind. (6. 1). fr. 35 §. 4 D. de contr. emt. (18. 1).

folgendes: in einer Reihe von Stellen, welche von der Reſtitution der Erbſchaft ex Scto Trebelliano handeln, werden die Wirkungen dieſer Reſtitution dahin bezeichnet: es würden übertragen, es gingen über die actiones hereditariae [26]). Nun aber gehen durch Reſtitution der Erbſchaft ex Scto Trebelliano bekanntlich nicht bloß Forderungen und Schulden, ſondern überhaupt die Vermögensverhältniſſe des Verſtorbenen utiliter über, es findet eine successio per universitatem ſtatt, wofür das Uebergehen der actiones hereditariae nur ein anderer Ausdruck iſt. Folglich können hier mit actiones hereditariae nicht bloß die Klagen aus Forderungen und Schulden, es müſſen die Klagen aus den transmiſſiblen Vermögensverhältniſſen des Erblaſſers überhaupt verſtanden ſein [27]).

Man iſt daher ſicherlich vollkommen berechtigt, den Begriff der actiones hereditariae dahin aufzuſtellen: es ſind die Klagen aus allen transmiſſiblen aktiven wie paſſiven Vermögensverhältniſſen, welche (weil wenigſtens ihrem Keime nach entweder ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers oder doch während der hereditas jacens begründet) in der Erbſchaft enthalten ſind, und darum durch die Erbſchaft für und gegen den Erben als ſolchen zuſtehen (per hereditatem heredi et in heredem competunt) [28]).

---

[26]) actiones hereditariae (oder auch actiones ſchlechthin, oder omnes actiones, quae heredi et in heredem jure civili competerent, oder actiones, quae in heredes heredibusque dari solent) transferuntur, oder competunt ei et in eum (sc. fideicommissarium), dantur ei et in eum, transeunt ad eum et contra eum. Gaj. II. §. 253. 255. Ulp. Fr. XXV §. 14. 16. Paul. sent. rec. IV tit. 2, tit. 3 §. 2. — §. 4. 6. 7. 9. J. de fid. her. (2. 23). fr. 1 §. 2, fr. 30 §. 3. fr. 37 pr. D. ad Sct. Treb. (36. 1) und viele andere Stellen.

[27]) Auch in andern Verhältniſſen wird das Zuſtehen von actiones hereditariae ganz allgemein von dem Geltendmachen erbſchaftlicher Rechte überhaupt geſagt. fr. 8. §. 6 D. de cond. inst. (28. 7). fr. 22 D. de adim. leg. (34, 4).

[28]) Außerdem finden wir von den Klagen des Legatars gegen den Erben geſagt: hereditariarum actionum loco habentur et legata,

Iſt dieß richtig, ſo dürfen wir noch einen Schritt weiter gehen, und behaupten: der Ausdruck actiones hereditariae iſt nur eine andere Bezeichnung für res hereditariae in jenem Sinne des fr. 18 §. 2 D. cit., alſo für die in der Erbſchaft enthaltenen Vermögensverhältniſſe ſelbſt, hergenommen von der Geltendmachung derſelben, wie ſich dies namentlich aus dem oben angeführten Sprachgebrauche bezüglich der Wirkung der Reſtitution ex Trebelliano ergibt.

Ferner erhellt, daß actiones hereditariae nur Denjenigen angehen, auf welchen die res hereditariae jure hereditario, alſo titulo universali übergegangen ſind, denn nur bei dem Univerſal-Succeſſor als Repräſentanten behalten die in der Erbſchaft enthaltenen Rechtsverhältniſſe ihre bisherige Beziehung

---

quamvis ab herede coeperint. fr. 40 D. de obl. et act. (44. 7). Sie ſind alſo keine wirklichen actiones hereditariae, eben weil ſie erſt in der Perſon des Erben ihren Anfang nehmen, während der Erblaſſer und noch die hereditas jacens zu nichts verpflichtet war (in fr. 34 §. 6 D. de leg. II wird das onus legatorum geradezu den actiones hereditariae entgegengeſetzt); ſie ſind ihnen aber offenbar dadurch ähnlich, daß ſie mit Willen des Erblaſſers auf der Erbſchaft ruhen; hereditas eos obligat, heißt es in fr. 17 D. de duobus reis (45. 2) von dem mit Legaten belaſteten Erben.

Dagegen iſt keine actio hereditaria die hereditatis petitio. Allerdings hat derjenige, für und gegen den die actiones hereditariae nicht begründet ſind, auch nicht die hered. petitio, allein durch ſie macht der Kläger nicht Rechtsverhältniſſe des Erblaſſers und der Erbſchaft, ſondern ſeine eigne Stellung zur Erbſchaft geltend, und nur in Folge davon erhält er von dem possessor hereditatis die res hereditariae, welche allerdings auch mit actiones hereditariae (fr. 18 §. 2, fr. 20 §. 4 D. de her. pet. ſ. oben S. 397) einzeln von ihm geltend gemacht werden könnten.

Ebenſowenig gehört zu den actiones hereditariae die actio familiae erciscundae; dieſe ſetzt zwar Erbenqualität voraus, ſteht aber dem Erben nicht per hereditatem zu, kommt nicht ex persona defuncti, macht keine Rechtsverhältniſſe der hereditas geltend, ſondern hat den Zweck, die Verhältniſſe unter den Miterben, das e communione discedere, die personales praestationes zu realiſiren; ſie iſt daher keine ſelbſtverſtändige Folge der Beerbung, ſteht nicht einem jeden Erben als ſolchem zu, ſondern ſetzt ein Miterben-Verhältniß voraus, und iſt erſt durch eine beſondere Beſtimmung (der zwölf Tafeln fr. 1 pr. D. fam. erc.) eingeführt.

zu dem Erblaſſer und zur hereditas. Ob dagegen der Univerſal-Succeſſor wirklicher heres oder nur heredis loco (wie der bonorum possessor und der Univerſal-Fideikommiſſar restituta hereditate) iſt, bewirkt lediglich den Unterſchied, daß die actiones hereditariae dort direkt, hier nur utiliter begründet ſind[29]; wohl aber wird zu einem wirkſamen Antheil an den actiones hereditariae erfordert, daß der Univerſal-Succeſſor (heres oder qui heredis locum obtinet) auch wirklich praktiſch als Erbe behandelt wird, m. a. W. daß ſein Recht nicht (wie z. B. bei dem bon. possessor sine re, oder dem Fiduciar restituta hereditate) unwirkſam iſt, indem ſonſt exceptiones für und wider ihn ſtattfinden[30].

Aus dem Geſagten ergibt ſich andrerſeits, daß die actiones hereditariae für und gegen einen successor mortis causa in zwei, aber weſentlich von einander verſchiedenen, Fällen nicht begründet ſind: den bloßen Singular-Succeſſor gehen ſie ſchon an ſich nicht an, den Univerſal-Succeſſor, welcher nicht oder nicht mehr praktiſch als ſolcher behandelt wird, gehen ſie nicht wirkſam an.

2) Es entſteht nunmehr die Hauptfrage: welchen juriſtiſchen Sinn hat in der vorliegenden Conſtitution die Beſtimmung: die actiones hereditariae ſollen aktiv wie paſſiv lediglich die unbeſchränkt Eingeſetzten angehen, und keine Verminderung dieſer Klagen ſolle durch die Conkurrenz der mit Beſchränkung auf res Inſtituirten eintreten?

Auch dieß wieder läßt ſich offenbar ebenſowenig wie die Bedeutung des obigen „quos legatariorum loco haberi certum est“ bloß aus den Worten der Verordnung ſelbſt ermitteln, ſondern

---

[29]) Ulp. Fr. XXVIII §. 12. Gaj. II. §. 253. — §. 4 J. de fid. her. (2. 23).

[30]) fr. 1 §. 3 D. de his, quae in test. delentur (28. 4). fr. 25 D. de bon libert. (38. 2). fr. 15 D. de obl. et act. (44. 7). fr. 1 §. 4, fr. 27 §. 7 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

nur durch Zuſammenhalten derſelben mit der Art und Weiſe, wie ſich in dem unmittelbar vorhergehenden Rechte das Verhältniß geſtaltete.

Vor Juſtinian nun wurde, wie wir wiſſen, die Beſchränkung auf die res dadurch realiſirt, daß der beſchränkt Eingeſetzte, während er die res als Vermächtniß erhielt, ſeine pars hereditaria an die Unbeſchränkten zu reſtituiren hatte. War dieſe Reſtitution geſchehen, und er dadurch legatarii loco geworden, dann allerdings hatte er keinen praktiſchen Antheil mehr an den actiones hereditariae, derſelbe war nunmehr utiliter an die unbeſchränkt Eingeſetzten übergegangen. Allein jene Reſtitution mußte (wie die Regel für jedes Univerſal-Fideikommiß iſt) auch wirklich und in der That vorgenommen ſein; in Bezug auf denjenigen, welcher contentus pro sua institutione certis rebus ſein ſoll, ſagt Papinian in fr. 69 pr. D. de leg. II ausdrücklich: petere poterunt coheredes etc., und bezüglich des heres ex re certa institutus erſehen wir aus jenem Reſcripte Gordian's (S. 355 ff.), daß die Beſchränkung auf die res, alſo auch die Vornahme der Reſtitution, erſt in dem judicium fam. erc. realiſirt wurde, wiewohl ſie ohne Anſtand auch außergerichtlich und überhaupt in derſelben Weiſe, wie bei jedem Univerſal-Fideikommiß [31]) bewirkt werden konnte. Vor und bis zu wirklich vorgenommener Reſtitution hatte der beſchränkt Eingeſetzte unbedenklich einen wirkſamen Antheil an den actiones hereditariae, er konnte pro rata die debitores hereditarii belangen und von den creditores hereditarii belangt werden [32]), und nur das verſtand ſich, daß er nach Reſtitution ſeines Erbtheils das von ihm an die Erbſchaftsgläubiger vorher etwa wirk-

---

[31]) fr. 37 pr. fr. 65 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[32]) fr. 27 §. 7 D. ad Sct. Treb. (36. 1). — — Sed antequam restitueretur hereditas, exceptione aliqua heres adjuvandus non est, quum hoc minus ex causa fideicommissi sit restitutus. S. auch fr. 104 D. de solut. (46. 3).

lich Gezahlte von den Miterben erſetzt verlangen konnte [33]), und ebenſo das von den Erbſchaftsſchuldnern etwa Erhaltene dieſen Miterben herausgeben mußte [34]). Alles dieß ganz unzweifelhaft, denn es wird durch die allgemeinen Grundſätze über die Stellung eines Fiduciars ante restitutam hereditatem mit Nothwendigkeit gefordert. — Für die Zeit zwiſchen dem Erbſchaftserwerbe des beſchränkt Eingeſetzten bis zur Reſtitution ſeiner pars alſo fand damals für die unbeſchränkt Eingeſetzten allerdings eine deminutio actionum hereditariarum ſtatt, ſelbſt bezüglich des eigentlichen heres ex re certa scriptus wurde in dieſer Zwiſchenzeit ein praktiſcher Gebrauch von der ihm durch bloße juriſtiſche Conſtruktion (detracta re) geſchaffenen pars hereditaria gemacht.

Vergleichen wir mit dieſem Zuſtande unmittelbar vor c. 13 C. de her. inst. die Beſtimmung dieſer Verordnung, ſo erhellt vorerſt folgendes: unmöglich wollte Juſtinian ausſprechen, daß von jener wirklich vorgenommenen Reſtitution an nur die unbeſchränkt Eingeſetzten Antheil an den actiones hereditariae haben ſollten; er hätte dann lediglich bisher ſchon geltendes, ſelbſtverſtändliches Recht ausgeſprochen, dazu bedurfte es in der That nicht noch eines beſonderen Ediktes; überdieß aber ſagt der Kaiſer ausdrücklich: nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri, worin offenbar liegt, es ſolle zu keiner Zeit eine ſolche deminutio ſtattfinden.

Daraus geht denn deutlich hervor, daß Juſtinian beſtimmt, es ſollen ſchon von vornherein nur die unbeſchränkt Eingeſetzten Antheil an den act. her. haben und ſonach enthält die Verordnung wirklich etwas Neues. Allein welchen juriſtiſchen Sinn hat dieſe Neuerung?

---

[33]) arg. c. 1 C. ad Sct. Treb. (6. 49).
[34]) arg. fr. 47 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Auf den ersten Blick könnte man zu der Annahme geneigt sein, Justinian habe hier die unbeschränkt Eingesetzten, indem er ausschließlich ihnen das Charakteristische der Erbenqualität, die Theilnahme an den act. her. zuspreche, zu alleinigen Erben erhoben, den daneben beschränkt Eingesetzten aber durch Ausschluß von diesem Charakteristischen die Erbenqualität abgesprochen, sodaß dieselben, obwohl bis dahin wahre Erben und nur restituta hereditate im Effekte legatariorum loco behandelt, doch jetzt durch diese Verordnung zu wirklichen und reinen Vermächtnißnehmern herabgesetzt seien.

Diese Auffassung wäre aber sicher eine unrichtige. Einmal ist es im Geiste des römischen Erbrechtes und der noch im neuesten Justinianeischen Rechte so hochstehenden Bedeutung der Erbenqualität schon an sich ganz unglaublich, daß der Kaiser, um nur ja die Beschränkung auf die res certa recht vollständig und von Anfang an zu effektuiren, den von dem Testator, wenn auch auf res beschränkt, doch zu wirklichen heredes Instituirten die Erbenqualität, also das Werthvollste, entzogen haben sollte; auch würde er eine solche Usurpation dann gewiß mit ganz anderen Worten verkündigt haben. Sodann aber ist uns bekannt, daß Justinian noch lange nach dieser Verordnung in Nov. 115 cap. 5 pr. (vergl. mit Julian's epitome dieser Stelle) für den heres ex re certa scriptus wie für den heres, welcher certis rebus contentus esse jussus est neben unbeschränkt Eingesetzten unzweideutig dadurch wahre Erbenqualität anerkennt, daß er in dieser Art honorirte Ascendenten und Descendenten für gültig institnirt erklärt.

Das also ist jedenfalls gewiß: zu reinen Vermächtnißnehmern hat Justinian die beschränkt Eingesetzten nicht herabgesetzt, sie bleiben auch nach dieser Constitution wahre Erben. Aber, so ließe sich weiter fragen, hat der Kaiser durch seine Verordnung dann die wirkliche Anomalie in das Leben gerufen, daß er Erben schafft, welche schon von Haus aus und selbst

in thesi keinen Antheil an den actiones hereditariae haben? Auch dieſe Annahme wäre ſicher ungegründet, ebenſo wie die, daß die res certa nunmehr zu einer Erbportion des darauf Inſtituirten umgewandelt worden ſei. Eine Anomalie dürfen wir nicht annehmen, ſolange noch eine conſtructionsgerechte und an das bisherige Recht ſich anſchließende Erklärung möglich iſt. Eine ſolche Erklärung liegt aber in der That hier vor; wir erinnern uns (ſ. oben Seite 400): actiones hereditariae fehlen nicht nur dem Singular-Succeſſor, ſie fehlen auch dem wirklichen Erben, ſoferne nämlich ſein Erbrecht ein unwirkſames iſt, er hat hier keinen wirkſamen Antheil an dieſen Klagen.

Und ſo kommen wir auf die bereits in §. 18 ausgeſprochene Behauptung, wonach der Sinn von Juſtinian's Neuerung folgender iſt: das Verhältniß, welches bis dahin erſt in dem judicium fam. erc., und überhaupt erſt nach wirklich geſchehener Reſtitution eintrat, ſoll nunmehr von vornherein eintreten, das heißt aber mit andern Worten: die Reſtitution der pars des beſchränkt Eingeſetzten ſoll kraft Geſetzes als von vornherein geſchehen angeſehen werden, und demgemäß der Antheil des beſchränkt Eingeſetzten an den actiones hereditariae (obwohl ihm derſelbe in thesi und direkt wie jedem Fiduciar nach der Reſtitution verbleibt) ſeiner Geltendmachung nach gleich anfangs auf die unbeſchränkt Eingeſetzten übertragen ſein.

Dieſe unſre Behauptung könnte ein zweifaches Bedenken erregen: läßt ſich in der Beſtimmung, daß nur die unbeſchränkt Eingeſetzten Antheil an den act. her. haben ſollen, wirklich die Anordnung einer geſetzlichen Reſtitution finden? und dann: läßt ſich überhaupt die Annahme einer geſetzlichen Reſtitution rechtfertigen, da es doch ſonſt Grundſatz iſt, daß eine restitutio hereditatis wirklich vorgenommen werden muß?

Das erste Bedenken beseitigt sich einfach durch Folgendes: Bereits oben (Seite 398 Note 26) haben wir gesehen, wie die Wirkungen der Restitution ex Trebelliano von den Quellen fast durchgängig technisch dahin ausgedrückt werden, daß für und gegen den Fideikommissar die actiones hereditariae dantur, transeunt, transferuntur, competunt. Diesen Sprachgebrauch vor Augen durfte Justinian sehr wohl sagen: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui u. s. w., und es konnte nicht zweifelhaft sein, auf welchen Rechtsgrund hin diese Klagen nunmehr ausschließlich die unbeschränkt Eingesetzten angehen sollten, da man aus dem unmittelbar vorhergehenden Rechte wußte, daß diese Wirkung bisher auf eine wirkliche Restitution hin eintrat; es mußte klar sein, daß Justinian eine von vornherein gesetzlich eintretende Restitution angeordnet hat[35]). Dieser Sinn seiner Verordnung wird sonach gerade durch die gewählte Hervorhebung der actiones hereditariae deutlich bewiesen. Daß der Kaiser nicht die theoretische Genauigkeit beobachtet hat, den Rechtsgrund dieser ausschließlichen Klagzuwendung ausdrücklich anzugeben, und dabei etwa den unterscheidenden Zusatz zu machen, die act. her. stünden den unbeschränkt Eingesetzten nach ihrer eigentlichen Erbquote directe, nach der an sie gefallenen Rate des Erbtheils der beschränkt Eingesetzten nur utiliter zu, das kann bei der praktischen Tendenz dieser Verordnung in der That nicht auffallen, besonders wenn man bedenkt, wie wenig Geltung der Unterschied von actiones directae und utiles zu Justinian's Zeit noch hatte.

---

[35]) Denn über folgende Sätze mußte man einig sein: der beschränkt Eingesetzte ist wirklich Erbe; dieß kann er nur sein detracta rei mentione; nothwendige Folge der detractio rei ist, daß ihm eine pars hereditaria deferirt wird; diese kann er ihrem Rechtsbegriffe nach, sobald er erworben hat, nicht wieder verlieren; also kann nur die Geltendmachung derselben auf die Unbeschränkten übergegangen sein; dieß aber setzt eine von vornherein kraft Gesetzes geschehene Restitution voraus.

Was das zweite jener Bedenken betrifft, so war es vor dieser Verordnung allerdings ausnahmsloser Grundsatz, daß die Restitution eines Universal-Fideikommisses wirklich vorgenommen werden mußte, allein Justinian's Abweichung von dieser Regel stellt sich in den Fragefällen als eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit praktisch durchaus gerechtfertigte dar. Dem beschränkt Eingesetzten ist nicht durch Anordnung des Erblassers Restitution seines Erbtheils auferlegt, sondern lediglich durch juristische Construktion, um die Beschränkung auf die res zu effektuiren, ja für den eigentlichen heres ex re certa institutus wird selbst das von ihm zu restituirende Objekt, die pars hereditaria und somit sein Antheil an den actiones hereditariae, erst künstlich (detracta re) geschaffen; rein dieser juristischen Construktion zu Ehren, um mit den Principien des Erbrechts im Einklange zu bleiben, wurde vor Justinian eine Weitläufigkeit nöthig, ein ohnedieß baldmöglichst zu beendigender Zwischenraum zwischen Erbschafsantretung und Restitution, dessen lästige Folgen bei inmittelst wirklich angestellten act. hereditariae doch nach der Hand wieder mühsam beseitigt werden mußten. Das Juristenrecht freilich, durch welches die ganze bis Justinian geltende Behandlung unsrer institutio ex re certa sowie der mit der Beschränkung: contentus sis certa re pro tua institutione versehenen Einsetzung entstanden war, durfte nicht weiter gehen, wenn es nicht in Ueberschreiten seiner Berechtigung contra rationem juris thätig werden wollte, wohl aber konnte des Kaisers gesetzgebende Macht die Singularität constituiren, und den endlichen Effekt des Verhältnisses im Interesse jener utilitas von vornherein eintreten lassen.

Auch steht die hier von dem Kaiser eingeführte gesetzliche Restitution, obwohl dem bisherigen Rechte nach etwas Neues, doch keineswegs vereinzelt da. Ein Jahr später bestimmte Justinian in c. 7 §. 1 C. ad Sct. Treb. (6. 49) folgendes: wenn der Fiduciar dolo malo vel post litem contestatam vel

antea sese contumacialiter celaverit, wenn er vor der Reſtitution ohne Hinterlaſſung von Erben geſtorben, und wenn dem Fideikommiſſar die weitere Reſtitution des Fideikommiſſes aufgegeben ſei, ſo habe man apud veteres gezweifelt, „quemadmodum actionum translatio celebretur in his tribus casibus," Ulpian habe hier eine geſetzliche Beſtimmung („constituendum esse super his") für nöthig erachtet, er, Juſtinian, verordne daher, daß in dieſen drei Fällen „ipso jure utiles actiones transferantur". — Dabei iſt auch die Ausdrucksweiſe des Kaiſers zu beachten; er bezeichnet geradezu den Akt der Reſtitution mit den Worten: actionum translatio, utiles actiones transferantur, dieſe Ausdrucksweiſe verſtärkt noch mehr den Beweis unſrer Behauptung, daß auch in c. 13 C. de her. inst. das Zuweiſen der actiones hereditariae ausſchließlich an die unbeſchränkt Eingeſetzten aus dem Geſichtspunkt einer restitutio partis hereditariae zu betrachten iſt.

Uebrigens erſcheint die in unſrer const. 13 Cod. de her. inst. angeordnete geſetzliche Reſtitution in der That weit ſingulärer als die in const. 7 §. 1 C. cit. eingeführte. Bedenkt man nämlich, daß nach erſterer Verordnung ſchlechterdings keine deminutio earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum eintreten ſoll, daß alſo dieſe Klagen unter allen Umſtänden die unbeſchränkt Eingeſetzten allein angehen ſollen, ſo muß man noch folgendes anerkennen.

a) Die Reſtitution geſchieht hier kraft Geſetzes nicht nur von ſelbſt, ſie tritt auch mit Rechtsnothwendigkeit ein, d. h. die unbeſchränkt Eingeſetzten können dieſelbe nicht (wie doch noch nach gewöhnlichen Grundſätzen[36]) die Fideikommiſſare in den Fällen der const. 7 §. 1 C. cit.) durch Ausſchlagung des Univerſal-Fideikommiſſes abwenden, ſie müſſen vielmehr, wenn ſie überhaupt Erben werden wollen, die Erbſchaft mit der auf

[36]) §. 9 J. de fid. her. (2. 23). fr. 16 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

ihr ruhenden juriſtiſchen Conſtruktion, mit der durch Juſtinian von vornherein bewirkten Erweiterung der ihnen direkt deferirten partes hereditariae annehmen. Die Sache geſtaltet ſich demnach praktiſch ganz ſo, wie wenn ihnen auch dieſe Erweiterung direkt deferirt wäre, wo dann der bekannte Grundſatz[37]) Anwendung fände, daß der Erbe nicht einen Theil der ihm angebotenen Erbſchaft antreten darf, ſondern dieſelbe ganz wie ſie deferirt iſt annehmen muß.

Es ließe ſich fragen, ob nicht auch ſchon in dem Rechte vor dieſer Verordnung die unbeſchränkt Eingeſetzten genöthigt werden konnten, die Reſtitution der pars der beſchränkt Eingeſetzten anzunehmen? Wir ſind in der That geneigt, dieſe Frage zu bejahen; dazu beſtimmt uns zwar allerdings nicht die ganz allgemeine Haltung der Aeußerungen Gordian's („ut non plus emolumenti consequatur" u. ſ. w.) und Juſtinian's („quos leg. loco haberi certum est"), ſo wenig uns andrerſeits jenes „petere poterunt coheredes" in fr. 69 pr. D. de leg. II Bedenken erregen kann, wohl aber ſtützen wir unſre Meinung auf folgendes: jene Nöthigung entſpricht der voluntas testatoris, ſie ließ ſich in normaler Weiſe realiſiren, das Juriſtenrecht aber verſäumte ſicherlich nicht, die voluntas, ſoweit dieß normal möglich war, auch wirklich zu befolgen. Die normale Möglichkeit anlangend, den Willen des Erblaſſers (wonach die Beſchränkten nur die res, die Unbeſchränkten alles Uebrige erhalten ſollen) auch gegen das Ausſchlagen jenes Univerſal-Fideikommiſſes von Seiten der Unbeſchränkten zu ſichern, ließ ſich nämlich die Sache ſo behandeln, als ſeien dieſen Letzteren ihre partes unter der von dem Erblaſſer ſtillſchweigends gemachten Auflage deferirt, daß ſie ſich die Reſtitution der pars des Beſchränkten gefallen laſſen; durch Antreten ihrer partes haben ſie ſich zur Annahme des Univerſal-Fideikommiſſes bereit erklärt, wollten ſie darauf die Reſti-

[37]) fr. 1. fr. 2. fr. 80 pr. u. §. 1 D. de acq. vel omitt. her. (29. 2).

tution nicht annehmen, so konnte dieselbe durch die Obrigkeit in derselben Art für geschehen erklärt werden, wie dieß dann der Fall ist, wenn der Fideikommissar, nachdem er den Fiduciar zur Antretung veranlaßt hat, die Restitution nicht annehmen will [38]).

Dieß als in dem bereits bestehenden Rechte als begründet vorausgesetzt, würde sich dann um so mehr rechtfertigen, wenn Justinian ausschließlich von vornherein und unter allen Umständen, also auch wider ihren Willen lediglich den Unbeschränkten die act. her. zuweist. Für einen Fall übrigens macht er dadurch die Restitution in der That noch unabhängiger von dem Willen der Erben als dieß nach bisherigem Rechte möglich war: bis dahin unterblieb nämlich die Restitution ohne Zweifel doch dann, wenn beide, die Beschränkten wie die Unbeschränkten, hiermit einverstanden waren, eben weil damals ein wirklicher Restitutionsakt nothwendig war, auf welchen aber nur diese beiden dringen konnten; Justinian nun, indem er die Restitution kraft Gesetzes von vornherein geschehen läßt, schließt damit auch das Uebereinkommen der Parteien über das Unterlassen des Restitutionsaktes aus; er realisirt dadurch nur im so durchgreifender die voluntas testatoris, welche für diesen Fall bis dahin ohne Stütze war.

b) Nach allgemeinen Grundsätzen könnte bei den in unsrer Verordnung vorausgesetzten Fällen von Restitution, selbst von einer gesetzlichen, erst dann die Rede sein, wenn sowohl die Fiduciare als auch die Fideikommissare (denn nur in ihrer Eigenschaft als Erben fallen ihnen die partes der Ersteren fideikommissarisch zu) die Erbschaft bereits erworben haben. So war es auch ohne Frage in dem bisherigen Rechte. Allein seit dieser Verordnung muß die Restitution auch schon dann als gesetzlich geschehen betrachtet werden, wenn entweder die beschränkt oder die unbeschränkt Eingesetzten die Erbschaft noch gar nicht angetreten haben; in dem ersteren Falle würden doch schon den

---

[38]) fr. 67 pr. D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Unbeschränkten, falls nur sie selbst bereits erworben haben, der volle und ausschließliche Antheil an den actiones hereditariae zustehen, und in dem zweiten Falle müßten diese Klagen einstweilen vollständig ruhen. Alles dieß wieder als nothwendige Folge der Bestimmung, wonach diese Klagen unter allen Umständen lediglich die unbeschränkt Eingesetzten angehen sollten. Dadurch wird dann die Restitution allerdings so singulär, daß sie nicht mehr nach den Grundsätzen einer wirklich vorgenommenen als von der Person des Fiduciars an die Person des Fideikommissars geschehen gelten kann, daß man vielmehr das von Justinian herbeigeführte Verhältniß dahin bezeichnen muß: das Gesetz überträgt schon bei der Delation die Portion des Beschränkten ihrer Geltendmachung nach auf die Portion der Unbeschränkten; man darf es ausdrücken: portio portioni restituitur.

Durch diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen wird jedoch immer noch nicht die Anomalie herbeigeführt, daß der beschränkt Eingesetzte von vornherein in gar keine pars, also überhaupt nicht in das jus defuncti succedirt. Der Rechtsbegriff seiner pars bleibt ihm deferirt, in diesen tritt er ein, derselbe ist für und wider ihn nur seiner praktischen Geltendmachung hinsichtlich der darin enthaltenen Vermögensbeziehungen beraubt. Daß aber diese pars immer noch rechtsgültig eine pars ist, zeigt sich praktisch wichtig darin: erwirbt keiner der unbeschränkt Eingesetzten, oder kommen sie sämmtlich wieder von der Erbschaft los, so accresciren jetzt dem Rechtsbegriffe der pars des Beschränkten die partes der Weggefallenen sammt der von vornherein darauf gekommenen Geltendmachung seiner eigenen pars. Denn nach der Absicht wie nach den Worten Justinian's sollen offenbar nur bei wirklicher oder noch zu erwartender Konkurrenz der Unbeschränkten die beschränkt Eingesetzten keinen Antheil an den act. her. haben, für den Fall, daß jene sämmtlich weggefallen sind, will der Kaiser nichts ändern an dem bisherigen Rechte, welches hier selbstverständlich den Be-

ſchränkten jure accrescendi zur ganzen Erbſchaft beruft. Die rechtliche Möglichkeit dieſes Accrescirens bleibt aber ſelbſt nach unſrer Verordnung eben dadurch erhalten, daß nur die Geltendmachung der pars des Beſchränkten als geſetzlich von vornherein auf die partes der unbeſchränkt Eingeſetzten für den Fall der Conkurrenz dieſer letzteren übertragen erſcheint. —

Es bleibt nun noch übrig, die Tragweite der Juſtinianeiſchen Neuerung hinſichtlich der Fälle, welche nach Anordnung des Erblaſſers vorliegen können, zu prüfen. In dieſer Beziehung gehen die Worte des Geſetzes:

a) nur auf ſolche Fälle, in denen mehrere [39]) Erben als heredes ex re certa scripti, oder als Eingeſetzte, welche certis rebus pro sua institutione [40]) contenti esse jussi sunt, alſo lediglich vermöge juriſtiſcher Conſtruktion ihre partes (an die daneben unbeſchränkt Eingeſetzten) zu reſtituiren haben, nicht auch auf ſolche Fälle, in welchen einem der Erben ſchon von dem Erblaſſer ſelbſt die Reſtitution ſeiner pars an die Miterben aufgegeben iſt, z. B. alſo, wenn der Erblaſſer einem Theilerben ausdrücklich auferlegt hat: restituas partem tuam coheredibus accepta, deducta, praecepta, u. ſ. w. certa re, oder restituas partem contentus certa re [41]). Dieß mit Recht, in den letzteren Fällen würde in der That jedes hinreichende Motiv für eine gleiche Sanktion fehlen.

Nur da, wo der Erblaſſer den Beſchränkten direkt nur die res, den Unbeſchränkten direkt alles Uebrige zugewendet, alſo be-

---

[39]) Selbſtverſtändlich übrigens ſind weder auf Seite der Beſchränkten, noch auf Seite der Unbeſchränkten gerade Mehrere erforderlich, ſchon Einer von jeder Seite genügt.

[40]) Ob gerade der Zuſatz pro sua institutione oder ein ähnlicher (ſ. oben Seite 387 Note 4) von dem Erblaſſer beigefügt wird, iſt übrigens gleichgültig, ein ſolcher Zuſatz darf ſogar (wie in dem Falle der Nov. 115 cap. 5 pr.) ganz fehlen.

[41]) ſ. oben Seite 378 Note 14. 15.

abſichtigt hat, daß dieſer Effekt von vornherein und jedenfalls eintreten ſolle, wo mithin zur normalen Realiſirung dieſer voluntas indirekt durch bloße juriſtiſche Conſtruktion der Erwerb der Beſchränkten wie der Unbeſchränkten zunächſt anders ausfallen mußte, als der Erblaſſer gedacht hat, erſcheint es in Befolgung der voluntas praktiſch gerechtfertigt, jene Reſtitution als das endliche Reſultat des hier nöthig werdenden Verfahrens ſchon von vornherein kraft Geſetzes geſchehen zu laſſen.

Ganz anders, wenn der Erblaſſer einem gehörig eingeſetzten Erben (obwohl unter Zuwendung eines Vermächtniſſes) ausdrücklich die Reſtitution ſeines Erbtheils an die Miterben aufgibt. Hier hat er ſelbſt, wiſſentlich und abſichtlich zwei verſchiedene Dinge, die nächſte und die davon abweichende endliche Geſtaltung des Verhältniſſes angeordnet, auch können ihn ſehr verſchiedene Gründe bei Auferlegung des Univerſal-Fideikommiſſes geleitet haben. Hier iſt es daher ganz in der Ordnung, der Geſtaltung des Verhältniſſes nach jus commune freien Lauf zu laſſen.

b) Ferner hat das Geſetz lediglich den Fall vor Augen, wenn ein Miterbe auf eine res certa beſchränkt iſt, der ſonſtige Nachlaß aber nach dem Willen des Erblaſſers an die übrigen Miterben[42]) fallen ſoll, nicht auch den Fall, wenn zu Gunſten eines Nichterben entweder der einzige Erbe[43]), oder ein Miterbe[44]) in einer jener Weiſen auf res certae beſchränkt, alſo durch juriſtiſche Conſtruktion mit einem fideicommissum hereditatis, beziehungsweiſe partis hereditariae belaſtet iſt.

---

[42]) Dabei iſt jedoch natürlich gleichgültig, ob ein Theil des Vermögens von den Erben an Nichterben als Vermächtniß abgegeben werden ſoll.

[43]) Alſo in den oben Seite 94 Nummer II ausgeführten Fällen des erſten Abſchnittes; ebenſo da, wo ſämmtliche Erben auf res certae beſchränkt ſind, die res aber nicht den geſammten Nachlaß erſchöpfen, und ein Dritter erhellt, welchem das Unvertheilte zufallen ſoll.

[44]) In dem oben Seite 382 Nummer 1 als möglich bezeichneten Falle.

Dieß ſtellt ſich ebenfalls als natürlich dar. Auch in den letzteren Fällen die Reſtitution kraft Geſetzes von ſelbſt und unabhängig von dem Willen des Nichterben eintreten zu laſſen, wäre geradezu eine der freien (hier nicht entziehbaren) Entſchließung dieſes Fideikommiſſars vorgreifende Unmöglichkeit; nur bei jenen Miterben durfte Juſtinian, für den Fall ihres Erbſchaftserwerbs, den endlichen Effekt der Geſtaltung erfrühen.

c) Endlich gehen die Worte des Geſetzes nur auf Teſtamentserben, und zwar auf ſolche, rückſichtlich welcher zugleich auch die Beſchränkung der Einen, ſowie das Unbeſchränktſein der Andern ſchon im Teſtamente mit der Erbeseinſetzung verbunden iſt. In dieſer Beziehung nun haben unſrer Anſicht nach die Worte des Geſetzes den Fall in der That zu eng gegriffen. Es kann ſehr wohl ſein, daß der Erblaſſer in einem Inteſtatcodicille einen oder mehrere ſeiner erwarteten Inteſtaterben auf res certae beſchränkt, dieß zwar natürlich nicht durch institutio ex re certa, wohl aber durch die Verfügung, der Erbe ſolle ſich mit beſtimmten Objekten begnügen (contentus esto certa re u. ſ. w.); es kann ferner ſein, der Erblaſſer hat zwar ein Teſtament errichtet, allein in einem nachträglichen Codicille entweder einen der früher unbeſchränkt Eingeſetzten auf res certae beſchränkt, oder umgekehrt, einem im Teſtamente auf res certae Beſchränkten dieſe Beſchränkung wieder detrahirt (ſ. auch oben Seite 294 bis 295). — Daß vor c. 13 C. de her. inst. in allen dieſen Fällen ganz dieſelbe Behandlung (rückſichtlich der Beſchränkung auf die res) eintrat, welche damals für den von dieſer Verordnung ausdrücklich vorausgeſetzten Fall galt, iſt gewiß; warum nun ſollte Juſtinian's Neuerung nicht dort eben ſo gut Platz greifen wie hier? Innere Gründe ſind nicht dagegen[45]), aber

[45]) Man denke z. B., der Erblaſſer habe einen der Eingeſetzten bereits in dem Teſtamente, dann aber in einem ſpäteren Codicille einen der in dem Teſtamente unbeſchränkt Eingeſetzten ebenfalls auf eine res

auch der äußere Grund, daß jura singularia keine analoge Anwendung gestatten, trifft hier nicht zu, denn indem wir den Worten der Verordnung die genannte Ausdehnung geben, verbleiben wir auf dem Boden wahrer, auch bei jura singularia zulässiger, extensiver Interpretation; der Kaiser hat sich offenbar nur mit Rücksicht auf den gewöhnlichsten, ihm daher am nächsten gelegenen Fall ausgedrückt, keineswegs aber beabsichtigt, jene ganz gleichartigen codicillarischen Verfügungen von seiner Verordnung auszuschließen.

Demnach sind wir wohl berechtigt zu der Behauptung: Justinian's Neuerung kommt überall da zur Anwendung, wo nach letztwilliger Verfügung (Testament oder Codicill) einer oder einige der Erben auf res certae direkt beschränkt sind, während das übrige Vermögen an die unbeschränkten Miterben fallen soll, und demnach vermöge juristischer Construktion die de jure jenen zustehende Erbportion als Objekt eines Universal-Fideikommisses an diese behandelt wird. In allen diesen Fällen ist durch c. 13 C. de her. inst. die Portion der beschränkt Eingesetzten ihrer Geltendmachung nach kraft Gesetzes schon von vornherein auf die Portionen der unbeschränkten Erben übertragen.

Die nunmehr beendigte Interpretation unsrer const. 13 C. de her. inst. gibt für Beurtheilung dieser Verordnung folgende Resultate:

1) Die Verordnung verdient in keiner Rücksicht den ihr z. B. von Mühlenbruch gemachten Vorwurf der Unbestimmtheit; sie ist Wort für Wort durchaus klar und deutlich, unbestimmt wird sie eben nur dann, wenn man, nicht vertraut mit dem Rechte abgesehen von dieser Constitution, dieselbe lediglich aus ihr selbst heraus erklären will.

2) Sie ist weder eine der fünfzig Decisionen, noch überhaupt Entscheidung einer Streitfrage, wie Leyser, Henne-

certa beschränkt; sollte hier rücksichtlich des Letzterem eine andre juristische Behandlung eintreten als rücksichtlich des Ersterem?

mann, Mühlenbruch, u. A. angenommen haben; eine ſtreitige Frage beſtand hier nicht.

3) Sie gibt keineswegs im Grunde bereits vorhandenes Recht, ſie beſtimmt etwas wirklich Neues; beſonders läßt ſich nicht mit v. Vangerow behaupten, ſie drücke im Weſentlichen daſſelbe aus, was ſchon Gordian in c. 1 C. Greg. fam. erc. ſage, im Gegentheil, es beſtätigt ſich nunmehr die bereits früher (Seite 359 ff.) gemachte Bemerkung, wonach es ſich gerade durch den Inhalt der Juſtinianeiſchen Neuerung erklärt, daß und warum dieſes Reſcript Gordian's ſeinem die institutio ex re certa betreffenden Theile nach nicht in die Compilation aufgenommen iſt; daſſelbe paßte nicht mehr, weil das nach ihm erſt in dem judicium fam. erc. zu Bewirkende ſeit unſrer Verordnung geſetzlich ſchon von vornherein eintritt.

4) Das Neue beſteht nicht darin, daß der beſchränkt Eingeſetzte neben Unbeſchränkten, obwohl bis dahin Erbe, in einen reinen Legatar umgewandelt iſt, er behält ſeine bisherige Geſtalt vollkommen, nur der endliche Effekt dieſer Geſtaltung wird von Juſtinian aus Nützlichkeitsgründen erfrüht. Für denjenigen freilich, welchem nur dieſer Effekt gezeigt wird, ohne daß er mit der darunter verborgenen Conſtruktion vertraut iſt, nimmt ſich unſer beſchränkt Eingeſetzter wie ein bloßer Legatar aus, und wohl gerade um vor ſolcher Mißdeutung zu bewahren hat (ſ. bereits oben Seite 352) Juſtinian in Nov. 115 cap. 5 pr. für gut befunden, ausdrücklich hervorzuheben, daß der neben unbeſchränkt Eingeſetzten mit Beſchränkung auf eine res certa inſtituirte Ascendent oder Descendent allerdings den Vorſchriften dieſer Novelle vollkommen genügend inſtituirt ſei. — In der Möglichkeit des Entblößens von allen erbſchaftlichen Vermögensbeziehungen zeigt es ſich eben, wie der Begriff des heres unabhängig von materiellem Bekommen iſt (ſ. oben Seite 6), immer aber dieß nur inſoferne, als ein ſolcher Effekt auf einer principiengemäßen Conſtruktion beruht.

§. 22.

II. Die Folgesätze.

Durch die vorstehenden Ausführungen (§. 19—21) glauben wir die in §. 18 behauptete grundsätzliche Gestaltung unsres Rechtsverhältnisses auf das Vollständigste bewiesen zu haben.

Indem wir nun die praktische Detailbehandlung verfolgen, welche dasselbe auf die gewonnenen Grundsätze hin nach seinen Hauptrichtungen zu nehmen hat, behalten wir wiederum nur den eigentlichen und gewöhnlichen, von Justinian in c. 13 C. de her. inst. vorausgesetzten Fall einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen vor Augen, wenn also der Miterbe direkt auf eine res certa, und zwar als solche, instituirt ist, der übrige Nachlaß aber (zunächst und abgesehen von Vermächtnissen an Nichterben) den gehörig Eingesetzten zufallen soll. Denn da, wo mit der rei mentio nur eine demonstratio partis hereditariae beabsichtigt, sowie da, wo einer der Erben excepta certa re eingesetzt ist, ergibt sich alle weitere Behandlung von selbst, nach den deßfalls bereits früher (Seite 365 Note 2 und Seite 382 Nummer 2) angedeuteten Gesichtspunkten, und was den Fall betrifft, wenn der ex re instituirte Miterbe zu Gunsten eines Nichterben auf die res certa beschränkt ist (s. oben Seite 382 Nummer 1), so soll das von den nachfolgenden Erörterungen hier Abweichende nur gelegentlich und soweit nöthig bei den einzelnen Punkten hervorgehoben werden.

Obwohl nun die Quellen eine direkte, ausdrücklich auf unsre institutio ex re certa gerichtete Auskunft nur in den wenigen Beziehungen geben, welche wir bereits aus §. 19—21 kennen, sind wir doch rücksichtlich sonstiger Einzelnfragen keineswegs von dem positiven Rechte verlassen. Wie sich für die Detailbehandlung des Falles der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae durch die Quellenaussprüche über die mit dieser Verfügung so ähnlich gefundene divisio bonorum gar mancher An-

haltspunkt ergeben hat, so wird für den gegenwärtigen Fall durch die richtige Erkenntniß seiner grundsätzlichen Auffassung eine Reihe von Stellen fruchtbar, welche das Verhältniß eines Erben betreffen, der unter Empfang eines Vermächtnisses seinen Erbtheil als Universal-Fideikommiß zu restituiren hat. Diese Stellen kommen hier soweit zur Anwendung, als nicht die aus der voluntas testatoris ersichtliche oder durch Justinian's c. 13 C. de her. inst. singulär geregelte Natur unseres Falles etwas anderes mit sich bringt.

Gerade weil sich die nachstehenden Erörterungen als Folgesätze der von uns gewonnenen grundsätzlichen Behandlung des Verhältnisses herausstellen, können wir nun nicht mehr immer mit den in der bisherigen Theorie aufgestellten Ansichten über die hier einschlagenden Detailfragen besonders rechten. Eben rücksichtlich der Detailfragen (soweit man dieselben überhaupt hervorgehoben hat) mußte man bisher bei einem schwankenden oder gar abnormen Principe häufig in große Verlegenheit kommen; erst an der Hand bewährter grundsätzlicher Auffassung erhält das an denselben Wahre seine eigentliche Rechtfertigung, das an ihnen Verfehlte von selbst seine versöhnliche Berichtigung.

Schon bei der Testaments-Errichtung werden folgende Punkte wichtig. Als wirklicher Erbe kann unser heres ex re certa institutus

1) nach bekannten Grundsätzen über Fähigkeit zum Testamentszeugnisse [1]) bei Errichtung des Testaments, in welchem er eingesetzt wird, nicht als Zeuge fungiren, eben so wenig derjenige,

---

[1]) §. 10. 11 J. de test. ord. (2. 10). fr. 20 pr. D. qui test. facere (28. 1). c. 22 C. de testam. (6. 23). Gelegentlich dieses Punktes kam auch Glück, Com. Bd. XXXIV S. 360 ff. auf die rechtliche Natur dieses heres ex re certa zu sprechen.

in deſſen Gewalt er ſteht, und derjenige, welchen er ſelbſt in der Gewalt hat.

2) Da überhaupt keine Erbeseinſetzung darum ungültig iſt, weil der Erbtheil des Inſtituirten als Univerſal-Fideikommiß an einen Dritten fallen ſoll, verſteht es ſich ferner von ſelbſt, daß der Teſtator einen Descendenten oder Ascendenten, welchem ex Nov. 115 cap. 3. 4 ein Anſpruch auf heredis institutio zuſteht, mit vollkommner Gültigkeit neben unbeſchränkt Eingeſetzten auf eine res certa inſtituiren darf, wie dieß Juſtinian in dem vielfach von uns beſprochnen cap. 5 pr. dieſer Novelle ausdrücklich hervorhebt. Ebenſo verſtand es ſich ſchon nach früherem Rechte (fr. 19 D. de lib. et post. ſ. oben Seite 346 Nummer b), daß durch ſolche Einſetzung dem Rechte des suus auf gehörige Inſtitution oder Exheredation genügt war. — Wie es ſich dabei mit dem Pflichttheilsrechte des ex re inſtituirten Notherben verhalte, wird ſich unten zeigen bei der Frage: ob nicht der beſchränkt Eingeſetzte unter Umſtänden mehr als die res certa beanſpruchen kann.

Das Verhältniß nach des Erblaſſers Tode anlangend, betrachten wir vorerſt die Stellung der unbeſchränkt Eingeſetzten. Dieſe bedarf einer beſonderen Hervorhebung nur für den Fall wirklicher oder noch zu erwartender Conkurrenz des ex re Inſtituirten.

Nachdem Juſtinian in c. 13 C. de her. inst. die dem letzteren detracta re geſchaffene pars hereditaria, das Objekt eines Univerſal-Fideikommiſſes an die Unbeſchränkten (§. 20), kraft Geſetzes ſchon von vornherein mit der Delation auf die partes der Unbeſchränkten übertragen hat (§. 21 Seite 404 ff.), ſind nunmehr dieſe Unbeſchränkten die einzigen, welchen von vornherein die hereditas mit den darin enthaltenen Vermögensbe-

ziehungen praktiſch (obwohl dem Rechtsbegriffe nach nur zu ihren direkten partes) deferirt und erworben wird [2]).

a) In Folge davon geſtaltet ſich die Größe der ihnen deferirten partes hereditariae praktiſch ganz ſo, wie wenn ſie allein zur Erbſchaft gerufen wären, indem die geſetzlich reſtituirte pars des ex re Inſtituirten auf ihre direkten partes (deren Ausmittlung ſ. oben Seite 363 Nummer 2) nach dem Verhältniß, in welchem dieſe zu einander ſtehen, vertheilt iſt; dieß nämlich in Anwendung des allgemeinen Grundſatzes, wonach dann, wenn ein Theilerbe ſeine pars an die Miterben zu reſtituiren hat, das Fideikommiß denſelben nach denjenigen Theilen zufällt, nach welchen ihnen die Erbſchaft direkt deferirt wird [3]). Geſetzt alſo z. B., A und B ſind sine partibus, C daneben iſt ex re certa inſtituirt, ſo ſteht zwar de jure jedem Eingeſetzten $^1/_3$ der Erbſchaft zu, allein das Drittel des C fällt zur Hälfte an A, zur Hälfte an B, ſo daß im praktiſchen Effekte A auf ein $^1/_2$, und B auf $^1/_2$ gerufen erſcheint.

b) Nach Verhältniß dieſer ihrer praktiſchen Erbtheile participiren denn ſofort nach dem Erſchaftserwerbe ausſchließlich die Unbeſchränkten, theils als direkte, theils als fideikommiſſariſche Erben, an den commoda und incommoda hereditaria.

Nur unter ihnen ſind die corpora hereditaria gemeinſchaftlich, weßhalb denn auch eine eigentliche Erbtheilung, und zu dieſem Zwecke das judicium fam. erc., lediglich unter ihnen ſtattfindet.

---

[2]) Vor c. 13 C. cit. war ihnen vorerſt und bis zu wirklich erfolgter Reſtitution der pars des beſchränkt Eingeſetzten die Erbſchaft nur nach Verhältniß ihrer direkten partes deferirt und erworben (ſ. oben Seite 401 ff.) — Auf dieſe partes bleiben ſie in Delation wie in Erwerb von Anfang an und dauernd noch nach neueſtem Rechte natürlich da verwieſen, wo (Seite 382 Nummer 1) der ex re Inſtituirte zu Gunſten eines Nichterben auf die res beſchränkt iſt.

[3]) fr. 23 D. ad Sct. Treb. (36. 1). fr. 78 §. 4. 5 D. eod.

Ebenso sind ausschließlich zwischen ihnen die erbschaftlichen Forderungen getheilt, und sie allein haften für die Erbschaftsschulden; der Schuldenantheil des ex re Institutirten ist fideikommissarisch auf sie übergegangen.

Ihnen allein endlich liegt (insofern es sich um Vermächtnisse handelt, welche der Testator schlechthin, und namentlich nicht ausdrücklich und speciell dem beschränkt Eingesetzten auferlegt hat) das onus legatorum, als zu den onera hereditaria mit gehörig [4]), auf. Was dabei das Recht der Falcidia betrifft, so darf der Unbeschränkte den auf seiner direkten pars haftenden Theil der Legate, soweit er die Quart dieser pars verletzt, schon selbstverständlich (als direkter Erbe) kürzen. Allein auch den auf der ihm fideikommissarisch zugefallenen pars des beschränkt Eingesetzten ruhenden Theil der Legate darf er, wenn und soweit dieß der beschränkt Eingesetzte selbst gekonnt hätte, kürzen. Denn obwohl dem Fideikommißerben als solchem das Recht des Fiduciars auf die Quart an sich nicht zusteht, muß dasselbe doch hier bei einer gesetzlichen und nothwendigen Restitution eben sogut auf ihn übergehen, wie dieß anerkannt da der Fall ist, wo der Fiduciar die Erbschaft gezwungen angetreten hat [5]); die Legatare dürfen offenbar dort so wenig als hier von der unfreiwilligen Restitution Vortheil ziehen. — Da übrigens bei dem Platzgreifen der Falcidia zugleich das dem beschränkt Eingesetzten zu prästirende Vermächtniß der res certa wesentlich in Betracht kommt, so ist das Genauere auf spätere deßfallsige Erörterungen zu versparen (s. unten §. 25 Nummer 2, b a. E.).

c) Den Unbeschränkten allein ferner stehen, und zwar wiederum nach Verhältniß ihrer vollen praktischen Erbtheile, die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel der Erben zu.

---

[4]) fr. 1 §. 21. fr. 2 D. ad Sct. Treb. (36. 1). c. 2. 8 C. eod. (6. 49). fr. 15 §. 1 D. ut leg. serv. caus. cav. (36. 3). s. auch oben Seite 398 Note 28.

[5]) fr. 2 fin. fr. 3 pr. fr. 63 §. 11 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Für die hereditatis petitio rechtfertigt ſich die Ausdehnung derſelben (als her. pet. fideicommissaria) auf den fideikommiſſariſchen Beſtandtheil jener partes ſchon nach allgemeinen Grundſätzen [6]; gleiche Ausdehnung müſſen wir aber der ganzen Tendenz der c. 13 C. de her. inst. zufolge ohne Zweifel auch bezüglich des interdictum quorum bonorum und des remedium ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadr. toll. geſtatten, ſoferne die Unbeſchränkten in der Lage ſind, in ihrer Eigenſchaft als direkte Erben von dieſen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen.

d) Fallen zwar nicht alle, wohl aber einer oder einige der Unbeſchränkten vor dem Erwerbe ohne Hinterlaſſung von Transmiſſaren oder Subſtituten weg, ſo fragt es ſich: wem accrescirt die nunmehr vakant gewordene Portion des Weggefallenen?

Der Wille des Erblaſſers geht im Zweifel offenbar dahin, daß der ex re Inſtituirte auf die res beſchränkt bleiben ſoll, ſo lange auch nur noch Einer der Unbeſchränkten vorhanden iſt; im Sinne des Erblaſſers müßte daher jene Portion lediglich den noch übrigen Unbeſchränkten zufallen. Dieſe voluntas realiſirt ſich denn auch ganz principiengemäß in folgender Weiſe. Zunächſt und dem Begriffe nach trifft das Accrescenzrecht, in Uebereinſtimmung mit den deßfallſigen allgemeinen Grundſätzen [7], ſämmtliche Erben nach Verhältniß der ihnen direkt deferirten partes hereditariae, ſoweit alſo auch den ex re Juſtituirten. Allein der dem Letzteren hierdurch accrescirte Theil jener vakanten Portion wird jetzt eben ſo gut Reſtitutionsobjekt wie die ihm detracta re geſchaffene pars ſelbſt. Die allerdings ſtreitige [8] Frage nämlich, ob beim Wegfalle eines Miterben des Fiduciars die dem Letzteren zunächſt accrescirende Portion nun gleichfalls zu reſtituiren iſt, oder

---

[6] Tit. D. de fideic. her. pet. (5. 6).

[7] Marezoll in ſeiner und v. Linde's Zeitſchr. Bd. VI S. 382.

[8] ſ. v. Bangerow, Leitfaden, Bd. II S. 328 Nummer 5, und die dort Angeführten (beſ. Marezoll a. a. O.) — Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLIII S. 351.

ob der Fiduciar dieſelbe behalten darf, berührt uns hier darum nicht, weil anerkanntermaßen dieſe Reſtitution jedenfalls dann geſchehen muß, wenn dieß der Erblaſſer wollte, eine ſolche voluntas aber in unſerem Falle entſchieden vorliegt. — Demgemäß hatte denn der heres ex re certa institutus vor c. 13 C. de her. inst. ſicherlich den ihm accrescirenden Theil der direkten pars eines weggefallenen unbeſchränkt Eingeſetzten ſogleich mit ſeiner eignen pars oder nachträglich (je nach der Zeit der eingetretenen Vakanz) den übrigen Unbeſchränkten zu reſtituiren, und ſeit c. 13 C. cit. muß dieſe Reſtitution ſofort mit Eintritt des Accrescenzfalles gerade wie die Reſtitution der detracta re geſchaffenen pars als geſetzlich und von ſelbſt geſchehen angeſehen werden, wonach alſo im praktiſchen Reſultate allerdings nur die Unbeſchränkten das Accrescenzrecht trifft.

Dieſe im Zweifel geltenden Grundſätze können indeſſen durch den beſonders geſtalteten Willen des Erblaſſers eine Aenderung erhalten. Hat nämlich der Teſtator die ſämmtlichen Unbeſchränkten, dem ex re Inſtituirten gegenüber, als wahre conjuncti eingeſetzt, dann tritt ſelbſtverſtändlich das Accrescenzrecht ſchon ſeinem Begriffe nach nur allein für die noch übrigen Unbeſchränkten ein, wie es auch ſein kann, daß nicht alle, ſondern nur einige der Unbeſchränkten conjunctim inſtituirt ſind, wo dann beim Wegfall eines derſelben zunächſt nur den übrigen Conjungirten accrescirt. — Ebenſo kann der Teſtator den heres ex re certa lediglich für den Fall des wirklichen Erwerbes ſämmtlicher Unbeſchränkten auf die res beſchränkt haben; mit Wegfall eines der Letzteren ſteht hier dem Erſteren ein ſelbſt praktiſches Accrescenzrecht zu, obwohl es im Uebrigen bei der geſetzlichen Reſtitution der ihm detracta re geſchaffenen pars verbleibt, eben weil er hier nach dem Willen des Erblaſſers außer ſeinem Antheile an der vakant gewordenen Portion (mit ihrer fideikommiſſariſchen Erweiterung) fortwährend nur die res erhalten ſoll. —

Nunmehr zur Stellung des ex re Inſtituirten übergehend, trennen wir vor allem deſſen Verhältniß zur Erbſchaft und ſeinen Anſpruch auf die res certa.

Was das erſtgenannte Verhältniß betrifft, ſo iſt unſer Eingeſetzter noch in dem neueſten Rechte wahrer Erbe, detracta rei mentione, und zwar

1) zunächſt für den Fall wirklicher oder noch zu erwartender Conkurrenz der gehörig Eingeſetzten gerufen auf eine pars hereditaria, deren Größe ſich nach den deßfalls früher (Seite 363 Nummer 2) angedeuteten Geſichtspunkten bemißt. Er braucht daher den Erwerb der Miterben nicht abzuwarten, er darf einſtweilen für ſich allein dieſe pars antreten. Dieſelbe iſt ihm aber ſeit c. 13 C. de her. inst. nur noch dem Rechtsbegriffe nach deferirt, nur dieſen erwirbt er durch die Antretung, während die für ihn hierdurch allerdings dem Begriffe nach erworbenen erbſchaftlichen Vortheile, Laſten und Rechtsmittel in Bezug auf ihn keine praktiſche Wirkſamkeit äußern, indem deren Geltendmachung kraft Geſetzes von vornherein auf die partes der Unbeſchränkten in vorhin (Seite 419 ff.) angegebener Weiſe übertragen iſt, worauf ſie, ſelbſt wenn letztere noch nicht erworben haben, vorläufig in Erwartung dieſes Erwerbes ruht. Ebenſo äußert die durch Antretung des ex re Inſtituirten eingetretene Confuſion der zwiſchen ihm und dem Erblaſſer beſtandenen Rechtsverhältniſſe ſo wenig eine praktiſche Wirkung, als dieß überhaupt für einen Fiduciar nach der Reſtitution der Fall iſt. — Obwohl ihm nun hiernach in der That nur eine pars inanis deferirt und erworben wird, bleibt es doch für ihn keineswegs gleichgültig, ob er neben den Unbeſchränkten die Erbſchaft antritt oder ausſchlägt, indem namentlich ſein Anſpruch auf die res certa, wie unten (§. 23 Nummer I) zu zeigen iſt, weſentlich davon abhängt, daß er wirklich Erbe wird und Erbe bleibt.

2) Dagegen beſteht die ganze Unwirkſamkeit des dem ex re Inſtituirten deferirten und etwa bereits erworbenen jus heredi-

tarium eben nur so lange, als eine Konkurrenz wenigstens noch Eines der Unbeschränkten vorhanden oder zu erwarten ist. Fallen diese sämmtlich[9]) weg, sodaß ihre Portionen zugleich wirklich vakant werden, dann tritt, selbst gegen etwaiges Verbot des Erblassers (s. oben Seite 42 ff.), selbstverständlich und mit Rechtsnothwendigkeit Accrescenzrecht ein, welches den bisher Beschränkten jetzt zur ganzen Erbschaft beruft. Diese Behauptung, über deren Wahrheit und juristische Begründung man bei dem Mangel einer richtigen Einsicht in die grundsätzliche Behandlung unserer institutio ex re certa so vielfach gestritten hat[10]), bedarf in der That keiner weiteren Rechtfertigung, es genügt das deßfalls bereits oben (Seite 410 ff.) Bemerkte.

Nur folgender Punkt verdient eine besondere Hervorhebung. Da der jure accrescendi auf das Ganze gerufene ex re Instituirte nunmehr auch für die Erbschaftsschulden, und zwar, insofern er nicht von dem beneficium inventarii Gebrauch gemacht hat, selbst ultra vires hereditarias haftet, so fragt es sich, zu welcher Zeit muß er, um sich zu sichern, das Inventar errichtet haben? Unserer Ansicht nach braucht er dasselbe erst dann zu errichten, wenn der Accrescenzfall eingetreten und zu seiner Kenntniß gelangt ist, nicht schon vorsorglich zu der Zeit, da er bei noch zu erwartender, oder vielleicht bereits eingetretener, und erst später, z. B. durch ben. abstin. wieder weggefallener Konkurrenz der gehörig Eingesetzten, die Delation seiner pars inanis erfahren hat, eben weil er für den Fall solcher Konkurrenz überhaupt nicht für die Erbschaftsschulden haftet[11]), und es von

---

[9]) Ueber die Folgen des Wegfalls eines oder nur Einiger der Unbeschränkten s. oben Seite 421 Nummer d.

[10]) s. z. B. oben Seite 323 ff., S. 336 Note 8, S. 339.

[11]) Wenn Justinian bei Einführung des ben. inventarii in c. 22 §. 2 C. de jure delib. (6. 30). dem Erben vorschreibt „ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium," so kann dieß sicherlich nicht auch auf einen

ihm doch eine gerechte Erwartung ist, daß diese Concurrenz wirklich eintreten, oder die eingetretene nicht wieder schwinden werde. — Bei entgegengesetzter, strengerer Ansicht dürfte man ihm wenigstens eine restitutio in integrum gegen den bei der Antretung versäumten Gebrauch des beneficium inventarii nicht versagen.

§. 23.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Mannichfaltigere Erörterungen bedarf der Anspruch des Erben auf die ihm von dem Testator per institutionem zugewiesene res certa. Diese Zuweisung stellt sich, wie wir wissen (§. 20), vermöge juristischer Construktion als ein stillschweigendes Singular-Fideikommiß heraus; im Genaueren aber kommen dabei folgende Punkte in Betracht.

I. Damit der Eingesetzte den Anspruch auf die res certa erhalte und dauernd behalte, wird vor Allem vorausgesetzt, daß er wirklich Erbe geworden, und auch nach dem Erbschaftserwerbe nicht in eine der Lagen gekommen ist, in welchen dieser Erwerb als nicht geschehen betrachtet wird; das Verhältniß ist nämlich so anzusehen, als habe der Erblasser dem Erben neben der Einsetzung die res unter der ausdrücklichen Bedingung „si heres erit“ vermacht. Rücksichtlich der näheren Begründung und der einzelnen Folgen dieses Satzes genügt es, auf das bereits bei dem Falle, da sämmtliche Erben ex re certa instituirt sind, dieserhalb Ausgeführte zu verweisen (s. oben Seite 201—208); selbstverständlich gehört übrigens zu den Lagen, in welchen sein Erbschaftserwerb als nicht geschehen gilt, hier nicht auch der Umstand, daß seine pars hereditaria an die Miterben restituirt ist.

Diesen Gesichtspunkt haben selbst diejenigen übersehen, welche unseren Eingesetzten zwar im Allgemeinen für einen Erben, in Rücksicht auf die res certa aber für legatarii loco halten. Man

---

solchen Erben gehen, welcher vorerst und von vornherein den Erbschaftsgläubigern gesetzlich gar nicht verpflichtet ist.

hat gesagt[1]), es bedürfe für ihn keiner hereditatis aditio, er transmittire sein Recht auf die res certa sofort mit dem Tode des Erblassers, während in der That erst durch seinen Erbschaftserwerb der dies cedens für das hier vorliegende bedingte Vermächtniß herbeigeführt wird.

II. Es fragt sich: von wem und woraus ist die res certa zu prästiren? Bedenkt man, daß nach c. 13 C. de her. inst. die Unbeschränkten von vornherein als die alleinigen praktischen Inhaber des jus hereditarium erscheinen, so muß man, allgemeinen Grundsätzen[2]) zufolge, sagen: das Vermächtniß der res certa ist von sämmtlichen Unbeschränkten nach Verhältniß ihrer vollen praktischen Erbportionen zu entrichten.

Indessen hat dieses Resultat noch von anderer Seite her eine Prüfung zu bestehen, wodurch übrigens dasselbe, wie voraus bemerkt sein soll, keineswegs verändert, vielmehr bestätigt und nur mit Bezug auf den theoretischen Gehalt jener Erbportionen erläutert wird. Trennen wir nämlich die direkten und fideikommissarischen Bestandtheile der den Unbeschränkten nach c. 13 C. de her. inst. zustehenden partes hereditariae, so ist jene Frage genauer in folgenden zwei Fragen auszudrücken:

1) auf welchen direkten partes lastet die Prästation der res certa? ruht sie pro rata auf den direkten partes der Unbeschränkten und auf der des Beschränkten, oder aber ruht sie entweder lediglich auf den direkten partes der Unbeschränkten, oder umgekehrt lediglich auf der direkten pars des Beschränkten?

2) Sollte sich in Beantwortung dieser Frage ergeben, daß die Prästation der res certa ausschließlich oder zum Theile auf der pars des Beschränkten ruht, so fragt es sich weiter: erhält derselbe soweit die res wirklich jure legati, oder behält er sie so-

---

[1]) So z. B. Bartolus (s. oben Seite 317), Leyser (s. o. S. 326), Mühlenbruch (s. o. S. 336) und Andere.

[2]) fr. 33 pr. D. leg. II.

weit jure heredis, oder endlich büßt er ſie ſoweit durch die Reſtitution ſeiner pars hereditaria gänzlich ein?

Dieſe Fragen mußten in dem Rechte vor c. 13 C. de her. inst., ſo lange die direkten partes bei Delation und Erwerb bis zu wirklich erfolgter Reſtitution in der That geſchieden waren, an praktiſcher Wichtigkeit durchaus in den Vordergrund treten, allein ſie bleiben auch nach der durch Juſtinian von vornherein bewirkten Uebertragung der pars des Beſchränkten auf die partes der Unbeſchränkten (eben weil dieſe Uebertragung nur eine fideikommiſſariſche iſt) nicht ohne Bedeutung, man denke nur z. B. es wollte (ſoferne wir dieß ſpäter als zuläſſig finden werden) der Beſchränkte auf die ſog. quarta Trebellianica, oder es wollten die Unbeſchränkten dritten Legatarien oder auch nur dem ex re Juſtituirten gegenüber auf die quarta Falcidia provociren. Ebenſo werden die angeregten Fragen da wichtig, wo der heres ex re certa institutus ausnahmsweiſe zu Gunſten eines Nichterben beſchränkt iſt, an dieſen alſo ſeine pars zu reſtituiren hat.

A. Zunächſt die Frage betreffend: auf welchen direkten partes laſtet die Präſtation der res certa? finden wir für den Fall, da einem Theilerben unter Zuwendung eines Vermächtniſſes die Reſtitution ſeines Erbtheils aufgegeben iſt, in den Quellen folgende Unterſcheidung:

1) Beſteht das Objekt des Vermächtniſſes nicht in einer generiſchen Summe Geldes, ſondern in einer beſtimmten, in der Erbſchaft enthaltenen Sache[3]), ſo ruht das Vermächtniß pro rata auf den partes ſämmtlicher Erben, auch auf der pars des Fiduciars[4]). Dieß ſehr natürlich, denn ein ſolches Objekt liegt

[3]) Unter dieſer Vorausſetzung gehört hieher auch eine der species nach beſtimmte Geldſumme, z. B. nummi in arca. fr. 34 §. 4, fr. 51 D. de leg. I.

[4]) fr. 77 pr. D. de leg. II (ſ. unten Note 13). — fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1). (ſ. unten Note 14). vgl. auch fr. 40 §. 1 D. de leg. III. fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2).

in media hereditate, ſoll es daher einer der Erben allein erhalten, ſo kann dieß nur dadurch geſchehen,, daß dieſem die coheredes ihre Erbtheile an dem Objekte abzutreten haben.

2) Dagegen für den Fall, daß der Univerſal- oder Theilerbe gebeten iſt, die Erbſchaft oder ſeinen Erbtheil zu reſtituiren accepta pecunia, finden wir in fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1) [5]), und in fr. 77 pr. D. de leg. II. [6]) die Entſcheidung Papinian's, der Fiduciar habe hier das Geld lediglich de suo (de sua parte) zu reſtituiren.

Dieſe Entſcheidung hat man als eine ſelbſt gegen den etwa entgegengeſetzten Willen des Erblaſſers mit Rechtsnothwendigkeit geltende angeſehen [7]), indem ſie Papinian in fr. 77 pr. cit. auch für den Fall angebe, wenn der Erblaſſer das Geld ausdrücklich aus der ganzen Erbſchaft („ex hereditate mea") hinterlaſſen habe. Mit dieſer Auffaſſung können wir indeſſen nicht einverſtanden ſein. Zunächſt kommt denn doch in den Quellen [8]) häufig genug ein in Geld beſtehendes wirkliches Prälegat vor, insbeſondre entſcheidet Pomponius in fr. 25 §. 22 D. fam. erc. (10. 2), daß prälegirte pecunia, quae domi relicta

---

[5]) Acceptis centum, hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiae percipere videtur; et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. Quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest, praediorum autem alia portio non nisi a coherede qui dominium habet, accipitur.

[6]) Quum pater filios, eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuae; respondi, praedium quidem hereditarium judicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.

[7]) v. Buchholtz, Prälegate, S. 263 nach Note 85 a); ſ. überhaupt die verſchiedenen Anſichten über die von uns hier beſprochene Frage bei v. Buchholtz, a. a. O. Seite 255 ff.

[8]) ſ. die Stellen bei v. Buchholtz, a. a. O. Seite 216, Note 8—11.

non est, von ſämmtlichen Erben pro rata hereditaria zu leiſten ſei*); ein innerer Grund iſt daher nicht erſichtlich, warum nicht Geld ebenſogut wie eine species Objekt eines Prälegates ſein kann, auch darf man doch billig fragen: wie ſollte und könnte das Recht dem Willen des Erblaſſers jene beengende Schranke ſetzen? — Was aber jene Entſcheidung Papinian's betrifft, ſo geht dieſelbe weder im Falle des fr. 77 pr. cit. gegen einen dort durch die Worte: „ex hereditate mea“ etwa entgegengeſetzt ausgeſprochenen Willen des Erblaſſers, noch hat ſie überhaupt in der einen oder anderen jener Stellen den Charakter einer Rechtsnothwendigkeit, im Gegentheile, ſie enthält nichts als eine Interpretationsregel für die voluntas testatoris. Gibt nämlich der Erblaſſer einem Theilerben Reſtitution ſeiner Erbportion auf, und hinterläßt ihm dafür ein Vermächtniß, ſo iſt im Zweifel anzunehmen, daß er durch dieſe Verfügung nicht auch die Miterben in dem Werthe ihrer Erbtheile verkürzen wolle; wählt er freilich in einer species ein allen Erben gemeinſchaftliches Objekt, dann hat er eben durch dieſe Wahl von ſelbſt auch die Miterben beitragspflichtig zu dem Vermächtniſſe gemacht; wählt er dagegen Geld, ſo läßt ſich dieſes ganz gut ohne Verkürzung der Miterben durch Verſilberung lediglich des zu reſtituirenden Erbtheils herbeiſchaffen; dieß ſoll daher als der Abſicht des Erblaſſers gemäß wirklich angenommen werden, ſofern derſelbe das Geldvermächtniß ohne Bezeichnung der persona dantis angeordnet hat. Und ſo iſt denn insbeſondere in fr. 77 pr. cit. das „acceptis ex hereditate mea“ keineswegs gleichbedeutend mit e media hereditate aufzufaſſen, vielmehr iſt mit dieſen Worten, im Gegenſatze zu den Fällen, wenn dem „accepta“ ausdrücklich die persona dantis beigefügt

*) Daher ſoll denn auch nach fr. 26 D. fam. erc. (10. 2) zur Herbeiſchaffung des Geldes nöthigenfalls eine res hereditaria, alſo ein ſämmtlichen Miterben gemeinſchaftliches Objekt, auf richterliche Anordnung verſilbert werden.

iſt [10]), überhaupt nur gemeint, das Geld ſolle aus Erbſchaftsmitteln und nicht anderswoher geleiſtet werden, wie ja dieß anerkannt auch dann der Fall iſt, wenn das „accepta re vel summa“ einfach und ohne Zuſatz „ex hereditate mea“ gebraucht iſt [11]).

Iſt unſere Anſicht richtig, ſo kommt Papinian's Entſcheidung, eben als eine bloße Interpretationsregel, einerſeits da nicht zur Anwendung, wo es des Erblaſſers unzweideutiger Wille iſt, daß das Geld e communi geleiſtet werden ſoll; ja wenn das Geld den Werth der zu reſtituirenden Portion des Theilerben überſteigt, ſo muß, ſoferne nicht ein Rechnungsfehler des Erlaſſers nachgewieſen werden kann [12]), allgemein wenigſtens dieſes plus von den Miterben gezahlt werden, und zwar von ihnen allein, denn durch das Uebrige iſt der Erbtheil des Fiduciars bereits erſchöpft.

Andererſeits gilt Papinian's Entſcheidung bei nicht entgegenſtehender voluntas testatoris nicht nur da, wo der Theilerbe ſeine Portion entweder an Nichterben, oder zwar an Miterben, aber nur an einen [13]) oder einige derſelben reſtituiren ſoll, ſondern auch da, wo er ſie an ſämmtliche Miterben zu reſtituiren hat [14]).

---

[10]) ſo in fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 63 §. 5 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[11]) ſo heißt es in fr. 58 §. 3 cit. (ſ. oben Note 5 auf Seite 428): tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, ebenſo in fr. 93 D. ad leg. Falc.: — — quasi retentam et praeceptam pecuniam, und v. Buchholtz ſelbſt (a. a. O. Seite 256 Note 64) gibt zu, daß in denjenigen Stellen, wo accipere allein vorkommt, ohne die nähere Bezeichnung, von Wem der Erbe empfangen ſoll, die Worte ex hereditate zu ſuppliren ſind.

[12]) fr. 9 §. 4 D. de her. inst. (28. 5). fr. 15 pr. D. de leg. I. v. Buchholtz, a. a. O. Seite 264 Note 87.

[13]) Einen ſolchen Fall enthält fr. 77 pr. cit.; nur der Mutter, nicht auch den Geſchwiſtern ſoll hier die Tochter ihren Erbtheil reſtituiren.

[14]) Dieß ergibt ſich auch aus den Worten des fr. 58 pr. cit.: „quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo re-

In diesem letztern Falle nämlich erscheint es keineswegs als gleichgültig, ob die Geldsumme e communi oder lediglich aus der pars des Fiduciars gezahlt werden soll, man denke nur z. B., es seien zugleich Legate an Nichterben ausgesetzt; je mehr die Miterben jure heredis behalten (und dieß ist der Fall, wenn der Fiduciar das Geld de suo zu retiniren hat), desto weniger können die Legatarien, soferne die Falcidia in Frage steht, gekürzt werden. — Man darf daher den allgemeinen Gesichtspunkt aufstellen: überall da, wo der Erblasser dem Fiduciar eine Geldsumme ohne Bezeichnung der persona dantis und ohne die unzweideutige Absicht, damit sämmtliche Erbtheile belasten zu wollen, hinterlassen hat, soll dieses Geld dem vermuthlichen Willen des Erblassers zufolge zunächst lediglich den Werth der in der zu restituirenden Portion enthaltenen Objekte afficiren.

Die bisher (unter A, 1 und 2) erörterten Grundsätze auf unsren Fall der institutio ex re certa angewendet, ergibt sich folgendes: besteht die res in einem bestimmten Nachlaßobjekte, dann ruht ihre Prästation pro rata auf den direkten partes der Unbeschränkten, pro rata auf der an diese fideikommissarisch übergegangenen pars des beschränkt Eingesetzten; besteht dagegen die res in einer nur dem genus nach genannten Geldsumme, dann ruht deren Prästation (da eine abweichende voluntas testatoris hier nicht vorliegt) zunächst ausschließlich auf dem fideikommissarischen Erbantheile der Unbeschränkten, und nur soweit sie diesen etwa noch übersteigt, ist sie aus den direkten partes derselben zu entrichten.

B. Wir wenden uns jetzt zur zweiten der oben (Seite 426) auseinandergehaltenen Fragen: wie gestaltet es sich mit dem

---

stituere rogatur;“ hier wird offenbar vorausgesetzt, daß nur zwei Erben eingesetzt sind, der Eine also seinem einzigen Miterben zu restituiren hat, diesem Falle steht aber selbstverständlich der gleich, wenn der Fiduciar mehrere Miterben hat, und an sie alle seine Portion restituiren soll.

Anſpruche auf die res certa, ſoweit deren Präſtation nach dem ſoeben Bemerkten als auf der pars des beſchränkt Eingeſetzten (alſo auf dem Reſtitutionsobjekte) ruhend anzuſehen iſt?

Die Antwort geht dahin: beſteht die res in einer generiſchen Geldſumme, ſo erhält der darauf Eingeſetzte das Geld, ſoweit es dem Werthe ſeiner pars gleichkommt, aus dieſer ſeiner pars von den Unbeſchränkten jure legati zurück (während ihm der etwaige Mehrbetrag des Geldes von den Unbeſchränkten aus ihren direkten partes jure legati gezahlt wird); beſteht aber die res in einer species, ſo erhält er (neben den ihm aus den direkten partes der Unbeſchränkten zu leiſtenden Theile derſelben) denjenigen Theil der res, welcher auf ſeiner eignen pars ruht, von den Unbeſchränkten aus dieſer pars ebenfalls jure legati zurück, er büßt ihn alſo weder durch die Reſtitution ſeiner pars definitiv ein, noch behält er ihn jure heredis. Sollte er ſich noch im Beſitze der in ſeiner pars enthaltenen res hereditariae befinden, ſo kann er bei der Baarreſtitution dieſer Objekte das ihm aus ſeiner pars eigentlich von den Unbeſchränkten Zurückzugebende kurzweg retiniren. — Liegt ausnahmsweiſe der Fall vor, daß der heres ex re certa institutus zu Gunſten eines Nichterben auf die res beſchränkt iſt, ſo treten ganz dieſelben Geſichtspunkte ein, nur übertragen auf ſeine Stellung dem Nichterben gegenüber.

Alles dieß in Anwendung derjenigen Grundſätze, welche allgemein da gelten, wo einem Erben unter Zuwendung eines in Geld oder in einer species beſtehenden Vermächtniſſes auferlegt iſt, die Erbſchaft oder ſeinen Erbtheil an einen Andern (Miterben oder Nichterben) zu reſtituiren. Gerade dieſe allgemeinen Grundſätze freilich ſind vielfach verkannt und beſtritten; man behauptet, die auf der pars des Fiduciars ruhende Geldſumme erhalte derſelbe jure hereditario, man behauptet ferner, er büße den in ſeiner pars liegenden Theil des Prälegates durch die Reſtitution ſeiner pars in der Regel ganz und gar ein, wo

ihm aber derselbe ausnahmsweise bleibe, behalte er ihn jure heredis; insbesondere hat über das Schicksal dieses Prälegatstheiles viel Streit und Bedenken veranlaßt der anscheinende Widerspruch zweier Stellen, nämlich des fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2) von Julian und des fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1) von Ulpian.

Es würde mit völliger Unterbrechung unsrer Erörterungen über die Detailgestaltung der institutio ex re certa in der That eine eigene Abhandlung nöthig werden, wenn wir die verschiedenen hier bestehenden Ansichten vorführen, und ihnen gegenüber unsre Meinung ausführlich begründen wollten, wir müssen uns daher, den Standpunkt der bisherigen Theorieen bei dem Leser als bekannt voraussetzend [15]), darauf beschränken, unsre Ansicht an der Hand der Quellen in gedrängter Uebersicht anzugeben, der Sachkenner wird hiernach leicht im Stande sein, das Richtige oder Unrichtige derselben zu prüfen. Uebrigens ist die Grundlage unsrer Ansicht bereits in dem ersten Abschnitte (Seite 96 ff. u. Seite 108 ff.) angegeben, dort jedoch nur für den Fall, daß der Universalerbe die Erbschaft zu restituiren hat accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa, während in dem Gegenwärtigen das Verhältniß in seiner ganzen Allgemeinheit aufgefaßt werden soll.

Ist einem Erben unter Zuwendung eines (in Geld oder in einer species bestehenden) Vermächtnisses [16]) auferlegt, seine Erbportion, d. h. die hereditas oder seine pars hereditaria als

---

[15]) s. z. B. v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II S. 429. 430, S. 490; insbesondere aber ist zu vergleichen v. Buchholtz, Prälegate, Kapitel 18 („die Restitution") und Kap. 19 („das Trebellianische Viertel" bes. dort S. 504 ff.).

[16]) Einerlei ob das Vermächtniß ausdrücklich als solches angeordnet ist, oder ob Worte gebraucht sind, welche als sog. stillschweigendes Fideikommiß aufgefaßt werden, z. B. restituas accepta, deducta etc. certa re, oder restituas contentus certa re, u. s. w.

Univerſal-Fideikommiß (an Miterben oder Nichterben) zu reſtituiren, ſo hat er, falls er ein Theilerbe iſt, das vermachte Objekt anerkannt ſoweit nicht mit zu reſtituiren, als daſſelbe aus den partes der Miterben kommt[17]); dieß jedoch nicht ſowohl darum, weil er es (was zwar richtig iſt)[18]) ſoweit jure legati erhält, als vielmehr darum, weil es ſoweit nicht in ſeiner eignen Portion liegt, mithin gar nicht in dem Reſtitutionsobjekte enthalten iſt[19]). — Was dagegen das Vermächtniß betrifft, ſo weit es auf der eignen Portion des Fiduciars ruht, ſo gilt darüber Folgendes: 1) Das vermachte Objekt iſt ſoweit immer und jedesmal in der Reſtitution mitbegriffen. Hierfür wollen wir uns nicht einmal auf die ausdrücklichen Worte des fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. „ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, et id D. Marcus decrevit“ berufen, es wird ſich weiter unten zeigen, daß dieſe Worte in der That eine ganz andere Abſicht haben, als anzugeben, welche Theile eines Prälegates in das Univerſal-Fideikommiß einer pars hereditaria fallen oder nicht fallen; das brauchte nicht erſt ein Kaiſer zu beſtimmen, das konnte kein Kai-

---

[17]) fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1): Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit. — Dahin gehört alſo ſowohl der von den Miterben zu leiſtende Theil eines eigentlichen Prälegats, als auch diejenigen Vermächtniſſe, welche ganz und ausſchließlich von den Miterben, oder von einem oder einigen derſelben dem Fiduciar zu präſtiren ſind.

[18]) Darum hat der Fiduciar das Vermächtniß ſoweit nicht in die Trebellianiſche Quart einzurechnen, fr. 91 D. ad leg. Falc. (35. 2), fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1), nur Compenſation mit demſelben tritt ein, ſoferne der Fiduciar ſeine Portion gerade den Miterben, aus deren partes er das Vermächtniß erhält, reſtituiren ſoll. c. 24 C. fam. erc. (3. 36): compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit.

[19]) Daher braucht der Fiduciar auch die Erbtheile nicht zu reſtituiren, welche er als Univerſal-Fideikommiſſe von den coheredes erhalten hat, quia hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur. fr. 96 D. de leg. III.

ſer anders beſtimmen, ſo wenig es ein entgegenſtehender Wille des Erblaſſers zu ändern vermag, es folgt mit Rechtsnothwendigkeit aus der durch das Sct. Treb. geſchaffenen Natur des Objektes der Reſtitution. Dieſes Objekt, das von den res hereditariae unabhängige und qualitativ verſchiedene juris nomen der hereditas oder pars hereditaria zieht bei ſeiner Reſtitution ſämmtliche in ihm enthaltene res hereditariae von ſelbſt und unvermeidlich nach ſich; es iſt mithin juriſtiſch unmöglich, daß der Fiduciar auch nur eine einzige dieſer res dabei jure heredis zurückbehalte[20]). Darum gilt das Geſagte immer und jedesmal, das Vermächtniß mag in Geld oder in einer species beſtehen, der Fiduciar mag Univerſalerbe oder Theilerbe ſein, das Vermächtniß mag in dem letzteren Falle ganz oder zum Theile auf der pars des Fiduciars ruhen, ebenſo gilt es ſelbſt dann, wenn der Erblaſſer ausdrücklich angeordnet hat, der Fiduciar ſolle ſich beſtimmte Sachen zurückbehalten (restituas deducta, praecepta, retenta certa re vel summa). 2) Obwohl aber der Fiduciar das vermachte Objekt, ſoweit es in ſeiner eignen Portion liegt, durch deren Reſtitution nunmehr jure heredis an den Fideikommiſſar verloren hat, iſt es doch keineswegs des Erblaſſers Wille, daß er daſſelbe ſo weit wirklich einbüßen ſoll. Am augenſcheinlichſten zeigt ſich dieß da, wo dem Univerſalerben die Reſtitution der ganzen Erbſchaft unter Zuwendung eines Vermächtniſſes aufgegeben, ſowie da, wo dem Theilerben ein lediglich auf ſeiner zu reſtituirenden Portion ruhendes Geld-Vermächtniß zugewieſen iſt; ganz daſſelbe muß aber auch da gelten, wo dem Theilerben als Fiduciar ein in media hereditate gelegenes Objekt vermacht iſt. Ueberall hier hat der Erblaſſer das ganze Objekt vermacht, ex voluntate testatoris alſo ſoll der Fiduciar überall das ganze Objekt erhalten. Dieſer Wille des Erblaſſers realiſirt ſich denn auch in der That, und

---

[20]) vergl. oben Seite 97.

zwar für alle genannten Fälle in folgender Weise: die Last des Vermächtnisses, soweit dasselbe auf der zu restituirenden Erbschaft oder Erbportion ruht, ist mit dieser auf den Fideikommissar übergegangen, von diesem als dem nunmehrigen Ouerirten fordert es der Fiduciar, er erhält es nun zum zweitenmale, jetzt aber jure legati, aus der ihm durch die Restitution fremd gewordenen Erbschaft oder Erbportion. Statt das vermachte Objekt von dem Fideikommissar in Wirklichkeit zurückzufordern, darf indessen der Fiduciar, soferne er sich im Besitze der in dem Restitutionsobjekte enthaltenen res hereditariae befindet, dasselbe sogleich bei der auf die Restitution des juris nomen der hereditas folgenden Baarrestitution der darin enthaltenen res hereditariae zurückbehalten (retinere, deducere, praecipere), beziehungsweise das in Geld bestehende Vermächtniß durch Versilberung von res hereditariae sich selbst realisiren[21]). Restitution und dennoch Retention sind also hier keine Widersprüche, erstere bezieht sich auf Restitution mit dem juris nomen der hereditas, letztere auf Zurückbehalten bei der Baarrestitution der res hereditariae. — Ganz diesen Gesichtspunkten gemäß finden wir denn (vorerst abgesehen von fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb.) in den Quellen überall, daß der Fiduciar die ihm zugewiesene res, auch soweit sie in der restituirten Erbschaft oder Erbportion liegt, im Effekte dennoch erhält; ferner wird dabei nirgends gesagt, daß er sie so weit jure hereditario behalte, vielmehr wird theils ausdrücklich hervorgehoben, er habe die Sache als ex legato ei acquisita, theils wird dieser Titel als selbstverständlich vorausgesetzt[22]). 3) Obwohl nun der Fiduciar das

---

[21]) vergl. oben Seite 98.

[22]) Hierher gehört: 1) §. 9 J. de fid. her. (2. 23). Hier heißt es zunächst: wenn der Universalerbe gebeten ist, die Erbschaft zu restituiren deducta sive praecepta aliqua re, so gehen einerseits die actiones auf den Fideikommissar in solidum über, andrerseits bleibt die res bei dem Fiduciar sine ullo onere hereditario als quasi ex legato acquisita zurück; die

vermachte Objekt, soweit es auf der restituirten Erbschaft oder Erbportion ruht, von dem Fideikommissar jure legati zurückerhält, beziehungsweise kurzer Hand retinirt, hat er dasselbe, wenn er auf das Trebellianische Viertel provocirt, soweit dennoch nicht supra quartam. Allerdings wird dieses Vermächtniß nicht eigentlich imputirt in die Quart, allein vermöge der hier Platz greifenden Grundsätze über Compensation gegenseitiger Vermächtnisse (des Universal-Fideikommisses gegenüber dem aus dem Restitutionsobjekte zurück zu erhaltenden Singular-Vermächtnisse) kann sich der Fiduciar die Quart so weit nicht abziehen, als er in derselben durch das von dem Fideikom-

---

Erläuterung s. bereits oben Seite 97 und 98. Darauf sagt die Stelle ausdrücklich: „sed et si certa summa deducta praeceptave — rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quae autem diximus de eo, qui ex asse heres institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte heres scriptus est. Bedenkt man nun weiter, daß das in dieser Stelle von den hier vorausgesetzten stillschweigenden Vermächtnissen (deducta sive praecepta re vel summa) Gesagte ganz gleichmäßig auch für ausdrücklich angeordnete Vermächtnisse anwendbar sein muß, so enthält §. 9 J. cit. in der That den Beweis für die allgemeine Tragweite der von uns oben behaupteten Grundsätze. 2) Daß nach fr. 77 pr. D. de leg. II und fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. der Fiduciar, welcher die Erbschaft oder seine Erbportion accepta pecunia restituiren soll, die pecunia lediglich de suo retinirt, hat, wie nunmehr erhellt, den einfachen Sinn: dieses, ausschließlich auf seiner Portion haftende Geldvermächtniß kann er, statt es von dem Fideikommissar einzufordern, bei der Baarrestitution der res hereditariae sich selber auszahlen; ebenso ist es in fr. 58 §. 3 D. cit. bezüglich des in der pars des Fiduciars liegenden Theiles der praedia. 3) Wenn es in c. 24 C. fam. erc. (3. 36.) heißt: „hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta“, so bedeutet das nicht, der Fiduciar behalte diese pars praedii jure hereditario, und rechne dieselbe darum in die Quart ein, sondern es bedeutet: diesen ihm ursprünglich jure heredis zustehenden Theil des Prälegates behält er bei der Baarrestitution der res hereditariae als Legat, welches ihm eigentlich die Fideikommissare zurück zu geben hätten, kurzer Hand zurück, hat aber denselben nicht supra quartam aus dem oben im Texte unter Nummer 3 anzugebenden Grunde. 4) Ebenso enthalten die viel besprochenen Worte: „Titium legata integra retinere debere“ in fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2) nichts als eine Anwendung der allgemein von uns behaupteten Grundsätze.

miſſare Zurückzuerhaltende gedeckt iſt. In dieſem Sinne iſt es zu verſtehen, wenn die Quellen ſagen, er percipire das ihm zugewendete Objekt jure Falcidiae, er retinire daſſelbe quartae nomine [23]).

Daß, wie in dem Vorſtehenden gezeigt worden, der Fiduciar das ihm zugedachte Vermächtniß, ſoweit es aus den partes der Miterben kommt, überhaupt nicht reſtituirt, ſoweit es dagegen auf der von ihm zu reſtituirenden Erbportion oder ganzen Erbſchaft ruht, aus derſelben jure legati zurückerhält, gilt nun aber nur dann, wenn der in dem Bisherigen vorausgeſetzte Fall wirklich vorliegt, d. h. wenn dem Erben die Reſtitution der Erbſchaft oder ſeines Erbtheils, alſo nur ein Univerſal-Fideikommiß auferlegt iſt. Dagegen kann es ſehr wohl ſein, daß er außer dem Univerſal-Fideikommiſſe auch die ihm hinterlaſſenen Vermächtniſſe an den Fideikommiſſar herausgeben muß. Dieß nämlich [abgeſehen natürlich von dem Falle einer erzwungenen Erbſchaftsantretung [24])] dann, wenn es des Erblaſſers Wille iſt, wenn alſo der Erblaſſer mehr als ein Univerſal-Fideikommiß angeordnet hat [25]), ſei es, daß er ausdrücklich auch die Reſtitution der Vermächtniſſe auferlegt hat [26]),

---

[23]) fr. 91, fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1). c. 24 C. fam. erc. (3. 36), vergl. darüber bereits oben Seite 108 ff.

[24]) fr. 55 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[25]) Eine ſolche umfangsreichere Reſtitution wird der Erblaſſer in der Regel nur dann auferlegen, wenn dieſelbe erſt in ſpäterer Zeit, beſonders erſt nach dem Tode des Fiduciars erfolgen ſoll, wie dieß auch die Quellen faſt durchgängig vorausſetzen (ſ. die Stellen unten in Note 26—29), während andrerſeits dann, wenn der Fiduciar die Erbſchaft oder ſeine Erbportion alsbald nach deren Erwerb reſtituiren ſoll, die häufigſte Veranlaſſung ſein wird, ihm dafür dauernd ein Vermächtniß zuzuwenden.

[26]) fr. 78 §. 14 D. ad Sct. Treb. (36. 1). — Stellen, wie fr. 34 §. 2, fr. 38 §. 8 (fr. 93 §. 5), fr. 39 §. 2 D. de leg. III. fr. 31 §. 1 D. de adim. (34. 4). fr. 48 pr. D. de jure fisci (49. 14) gehören gar nicht hierher, da ſie den Fall vorausſetzen, daß ein Erbe nur das Prälegat, nicht auch ſeinen Erbtheil reſtituiren ſoll.

oder daß seine Auflage ganz allgemein lautet, z. B. der Erbe soll seine Portion, er soll Alles, was aus der Erbschaft an ihn gekommen ist [27]), restituiren, insofern nicht etwa bei einer solchen allgemeinen Auflage die dem Fiduciar zugewandten Vermächtnisse ausdrücklich ausgenommen sind [28]), oder der Fiduciar nachweisen kann, daß der Wille des Erblassers doch nicht auf Restitution auch der Vermächtnisse gerichtet war [29]).

Gerade darum wird aber oft die faktische Frage äußerst wichtig: bei welchen von dem Erblasser gewählten Ausdrücken ist anzunehmen, derselbe habe lediglich ein Universal-Fideikommiß und nicht eine allgemeinere, auch die dem Fiduciar hinterlassenen Vermächtnisse umfassende, Restitution gewollt? Während nun diese Frage bei der Auflage, der Erbe solle die „hereditas" [30]), oder er solle seine „pars hereditatis" [31]) restituiren, schon durch diese Worte [32]) keinen Zweifel zuläßt, entschied Mark Aurel, daß die Absicht des Erblassers, lediglich ein Universal-Fideikommiß anzuordnen, auch dann angenommen werden solle, wenn er den Theilerben gebeten habe, seine „portio hereditatis" zu restituiren. Dieß ist unsrer Ansicht nach der Sinn der vielbesprochenen Worte von Ulpian:

fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1): Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit, ceterum quod a semetipso ei re-

---

[27]) fr. 77. §. 12 D. de leg. II. fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1). c. 16 C. de fideic. (6. 42).

[28]) fr. 3 §. 3 D. de usuris (22. 1). fr. 40 §. 1, fr. 41 §. 14 D. de leg. III. fr. 78 §. 13 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[29]) c. 16 C. de fideic. (6. 42) verb.: „sane quoniam" etc.

[30]) §. 9. J. de fid. her. (2. 23). fr. 18 §. 2 D. de his, quae ut indign. (34. 9). fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 18 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[31]) fr. 77 pr. D. de leg. II.

[32]) fr. 96 D. de leg. III s. oben Seite 434 Note 19.

lictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit.

Der Kaiſer beſtimmt nicht, wie man annimmt, was ein Theilerbe, welcher anerkannt nur ſeine pars hereditaria als Univerſal-Fideikommiß zu reſtituiren hat, von den ihm hinterlaſſenen Vermächtniſſen behalten oder nicht behalten dürfe (das ſtand ſchon vor Mark Aurel feſt, und bedurfte überhaupt keiner kaiſerlichen Entſcheidung), ſondern er beſtimmt, daß in der Anordnung „restituas portionem hereditatis“ ein Univerſal-Fideikommiß der pars hereditaria und nur dieſes anzuerkennen ſei[33]); dieß aber drückt er (oder auch vielleicht nur Ulpian) indirekt in der Weiſe aus, daß er angibt, wie weit die dem Fiduciar hinterlaſſenen Vermächtniſſe durch die Reſtitution des juris nomen der pars hereditatis afficirt und nicht afficirt werden. Die Stelle iſt mithin alſo wiederzugeben:

> iſt einem Theilerben auferlegt, ſeine portio hereditatis zu reſtituiren, ſo (iſt darin lediglich ein Univerſal-Fideikommiß der pars hereditaria zu erblicken und demgemäß) hat der Fiduciar von dem ihm zugewendeten Vermächtniſſe nur denjenigen Theil nicht zu reſtituiren, welcher auf der pars des Miterben ruht, dagegen der auf ſeiner eignen pars ruhende Theil des Vermächtniſſes iſt allerdings in der Reſtitution mitbegriffen; und dieß beſtimmte Divus Markus.

---

[33]) Gerade wie Ulpian in fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1) es einer kaiſerlichen Entſcheidung zuſchreibt, daß da, wo der Erbe gebeten iſt, portionem suam (nicht portionem hereditatis) restituere, auch die Vermächtniſſe als in der Reſtitution mitbegriffen gelten ſollten, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem; in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse. — Daß die dem Theilerben gemachte Auflage, portionem hereditatis restituere, nur ein Univerſal-Fideikommiß der pars hereditaria des Fiduciars enthält, findet ſich denn auch vorausgeſetzt in Gordian's c. 24 C. fam. erc. (3. 36).

Das dann weitere und definitive Schicksal des auf dem Restitutionsobjekte ruhenden Theiles des Prälegates wollen die Worte „in fideicommissum cadit“ keineswegs afficiren, die Meinung der Stelle ist nicht, daß dieser Theil dem Fideikommissar auch wirklich verbleibe, vielmehr richtet sich die weitere Behandlung selbstverständlich nach den deßfallsigen allgemeinen Grundsätzen, wonach aber, wie wir wissen, der Fiduciar im endlichen Effekte doch die legata integra erhält, und zwar dieß dadurch, daß er jenen in der Restitution des juris nomen der hereditas mitbegriffenen Theil derselben von dem Fideikommissar jure legati zurückerhält, oder bei der Baarrestitution der res hereditariae kurzer Hand sich selber retinirt. — So verschwindet aller anscheinende Widerspruch zwischen fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. und dem (in seiner hieher gehörigen Aeußerung „legata integra retinere debere“ so vielfach durch andere Stellen unterstützten) fr. 86 D. ad leg. Falc. —

Nach diesen Zwischenerörterungen, welche zur Begründung der bezüglich der res certa zuletzt (S. 431 Nummer B.) aufgestellten Behauptungen nothwendig waren, gehen wir in der Einzelngestaltung unsres Rechtsverhältnisses weiter, und wenden uns zunächst

III. zu der Art und Weise, wie der beschränkt Eingesetzte das Vermächtniß der res certa erwirbt und geltend machen kann. Die Grundsätze sind hier einfach.

Während der Erbschaftserwerb des beschränkt Eingesetzten den dies cedens für dieses Vermächtniß enthält (s. oben Seite 425 Nummer I), tritt der dies veniens mit dem Erbschaftserwerb der Unbeschränkten, als der mit Prästation des Vermächtnisses Onerirten, ein. Zur Geltendmachung seines von da an sofort realisirbaren Anspruchs auf die res certa hat der beschränkt Eingesetzte

1) jedenfalls die gewöhnlichen Rechtsmittel der Vermächtnißnehmer. Ganz allgemein also fordert er

mit der sog. actio personalis ex testamento von den Unbeschränkten die Aushändigung der res certa, und zur Sicherung dieses Forderungsrechtes ist ihm in Folge des von Justinian den Vermächtnißnehmern gestatteten Pfandrechts alles dasjenige verpfändet, was die Unbeschränkten aus der Erbschaft erworben haben; ist die res insbesondere eine res propria testatoris, so kann er dieselbe nach neuestem Rechte als Gegenstand eines Vindikationsvermächtnisses von jedem Besitzer vindiciren, besteht sie in einer dem Testator zustehenden Forderung, so darf er dieselbe sofort nach dem dies veniens mit einer actio utilis einklagen. Kurz er hat alle diese Rechtsmittel gerade so in Bezug auf die ganze res certa, wie er dieselben dann, wenn sämmtliche Miterben ebenfalls auf res certae instituirt wären, bezüglich derjenigen Theile der res haben würde, welche ihm hier (zu dem ihm dann jure heredis verbleibenden Theile) aus den partes der Miterben zu leisten wären. Für das Genauere beziehen wir uns daher auf das schon im zweiten Abschnitte (Seite 210—215) deßfalls Ausgeführte, wie sich denn auch die Frage, was alles in concreto zu der res certa gehört, ganz in bereits früher (Seite 216, Nummer 2) angegebener Weise beantwortet.

2) Andrerseits bedarf es keiner Ausführung, daß der beschränkt Eingesetzte in Bezug auf die res keines derjenigen Rechtsmittel gebrauchen kann, womit der Erbe ein ihm titulo heredis zugefallenes Objekt fordert, also namentlich nicht die hereditatis petitio, das interdictum quorum bonorum und das remedium ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo[34]).

---

[34]) Nicht wenige Juristen freilich haben unsrem heres diese Rechtsmittel gestattet; dieß zeigt aber nur, wohin man bei einem unsicheren oder anomalen Principe nachher in den Folgesätzen getrieben werden kann. Ist es nicht z. B. ein feststehender, durch die Principien des römischen Erbrechts gebotener Satz, daß die hereditatis petitio einem Miterben niemals auf eine ganze res hereditaria, sondern immer nur [fr. 1 §. 1, fr. 7 D. si pars her. pet. (5. 4)] auf den in seiner pars hereditaria gelegenen Theil dieser Sache zusteht?

Eben ſo wenig iſt ein eigenmächtiges Beſitzergreifen der res certa mit Ausſchluß des interdictum quod legatorum für den beſchränkt Eingeſetzten begründet[35]).

3) Dagegen fragt es ſich, ob er an dem judicium familiae erciscundae Theil nehmen, und dort die Zuweiſung der res certa verlangen darf? Unſrer Anſicht nach iſt dieſe Frage ohne Anſtand zu bejahen. Wäre freilich das judicium fam. erc. auf ſeinen urſprünglichen[36]) Zweck der eigentlichen Erbtheilung, des e communione discedere, beſchränkt geblieben, dann allerdings dürfte man unſren Erben nicht zu denſelben zulaſſen, eben weil er durch die geſetzliche Reſtitution ſeiner Erbportion ſeit c. 13 C. de her. inst. von vornherein aus dieſer communio ausgeſchieden, und dieſelbe lediglich unter den Unbeſchränkten begründet iſt[37]). Allein bekanntlich ſollen durch das jud. fam. erc. gelegentlich der eigentlichen Erbtheilung auch alle übrigen Anſprüche der Miterben gegen einander berichtigt werden[38]), wozu insbeſondere die Realiſirung der

---

[35]) In ganz eigenthümlicher Weiſe geſtattet Anton Faber (errores pragm. Dec. 15 error 6) unſrem heres, obwohl derſelbe ein bloßer Legatar ſei, das Recht, die Sache propria manu zu occupiren. Dieſes Recht habe nämlich (was übrigens auch andere Juriſten annehmen, z. B. Meſer in Schweppe's Handbuch, Bd. V, Seite 318 Note 5) überhaupt ein jeder Vermächtnißnehmer dann, wenn es der Erblaſſer geſtattet habe (?); eine ſolche Erlaubniß ſpreche ſich nun für unſren beſchränkt Eingeſetzten auf das Entſchiedenſte durch die von dem Teſtator gebrauchten Worte institutio und heres aus (!), ja hier noch viel entſchiedener, als bei dem alten legatum per vindicationem, per praeceptionem und sinendi modo relictum, in welchen Legatsformen ebenfalls (ſ. beſ. auch A. Faber Conject. lib. 6 c. 1) eine ſolche, das interdictum quod legatorum ausſchließende, Erlaubniß des Teſtators zur eigenmächtigen Beſitzergreifung (?) enthalten geweſen ſei. — Eine nähere Widerlegung dieſer Anſicht wird wohl nicht verlangt werden.

[36]) fr. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[37]) ſ. bereits oben Seite 419 Nummer b.

[38]) Roßhirt, Vermächtniſſe, Bd. I, S. 286. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XL S. 310. v. Buchholtz, Prälegate, S. 337 Note 34.

zwiſchen Miterben beſtehenden Vermächtniſſe, Prälegate[39]), wie ſimpler Vermächtniſſe[40]) gehört. Es liegt nun kein Grund vor, warum ein Fiduciar nach Reſtitution ſeines Erbtheils, geſtützt auf ſeine Erbeneigenſchaft (welche er ja durch dieſe Reſtitution nicht verliert), in dem nun freilich nur durch diejenigen, welche noch praktiſch als Erben behandelt werden, zu provocirenden jud. fam. erc. doch nicht wenigſtens zum Zwecke der Zuweiſung eines ihm von den Miterben zu leiſtenden Vermächtniſſes theilnehmen dürfte. — Hatte doch ſchon vor c. 13 C. de her. inst. der beſchränkt Eingeſetzte in dem judicium fam. erc. (an welchem er damals, wie aus dem mehrerwähnten Reſcripte Gordian's erhellt, wirklich participirte) nichts weiter zu thun, als die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria an die Unbeſchränkten zu reſtituiren, und die res certa, rückſichtlich welcher er damals freilich bis zur wirklichen Reſtitution ſeiner pars in einer communio mit den Miterben ſtand, in Empfang zu nehmen. Das Nichtaufnehmen des Gordianiſchen Reſcriptes in die Compilation aber geſchah, wie wir wiſſen (Seite 415), aus einem anderen Grunde, als um den beſchränkt Eingeſetzten von dem jud. fam. erc. auszuſchließen, auch gehört (ſ. oben Seite 399 in der Note) dieſes judicium keineswegs zu den, ihm ſeit c. 13 C. de her. inst. verſagten, actiones hereditariae.

§. 24.

II. Die Folgeſätze. (Fortſetzung.)

IV. Bei der Detailbehandlung des Falles, da ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt ſind, haben wir (Seite 225 ff.) geſehen, wie es ſehr wohl möglich iſt, daß einer oder der andere derſelben, obwohl er Erbe wird und Erbe bleibt, dennoch die ihm von dem Erblaſſer zugewieſene res certa entweder gar

---

[39]) ſ. oben Seite 148 Note 5.
[40]) c. 7 C. fam. erc. (3. 36).

nicht oder doch nicht vollständig bekommen kann. Ganz daſſelbe wird auch hier für den beſchränkt Eingeſetzten möglich, allein das dann eintretende Verhältniß iſt keineswegs immer daſſelbe wie das dort wahrgenommene; dieß großentheils als Folge der Verſchiedenheit in der grundſätzlichen Geſtaltung beider Fälle der institutio ex re certa.

A. Es kann ſein, der Teſtator hat durch Zuwendung der res certa die für Vermächtniſſe beſtehenden rechtlichen Grenzen der Honorirung überſchritten, indem:

1) Erbſchaftsſchulden vorhanden ſind. Hier geſtaltet ſich Alles einfach nach dem für Vermächtniſſe überhaupt geltenden Grundſatze: legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit [1]). Theilweiſes oder gänzliches Einbüßen des Anſpruches auf die res certa iſt alſo die Art und Weiſe, wie der beſchränkt Eingeſetzte nöthigenfalls zu den Erbſchaftsſchulden beizutragen hat. Die Gläubiger können nicht ihn, ſondern nur die Unbeſchränkten belangen; die Unbeſchränkten zahlen aber die Schulden zunächſt aus dem nach Abzug der res und der etwa ſonſt noch ausgeſetzten Legate beim Tode des Erblaſſers übrigen Aktivvermögen, reicht dieſes nicht, dann kürzen ſich die Vermächtniſſe, und ſomit auch die res certa, ſoweit als nöthig von ſelbſt; kommen die Schulden dem Aktivnachlaſſe gleich oder iſt die Erbſchaft gar überſchuldet, dann hat ſie überhaupt keinen Vermächtnißnehmer, der beſchränkt Eingeſetzte geht nunmehr leer aus, ſeine Einſetzung wird ganz in dem früher (Seite 226 Note 2) angegebenen Sinne nullius momenti [2]).

---

[1]) ſ. oben Seite 226 Note 1.

[2]) Bei dem Mangel eines richtigen Princips für die grundſätzliche Geſtaltung unſrer institutio ex re certa kommt Volkmann, Diss. de her. ex re certa scripto §. 15 zu einer ganz eigenthümlichen Anſicht über die Haftung des ex re Inſtituirten für die Erbſchaftsſchulden. Dieſer Eingeſetzte nämlich erhalte die res nicht titulo singulari wie ein Legatar, ſondern unmittelbar von dem Erblaſſer titulo heredis, aber zugleich als liberatio

2) Eben ſo einfach geſtaltet ſich die Kürzung der res certa dann, wenn zwar noch genügendes Aktivvermögen vorliegt, aber die res in das etwaige Pflichttheilsrecht eines der gehörig Eingeſetzten eingreift. Einzurechnen in den Pflichttheil hat ſich hier derſelbe zunächſt den ihm verbleibenden Werth ſowohl ſeiner direkten Erbportion als auch ſeines fideikommiſſariſchen Antheiles an der dem Beſchränkten detracta re geſchaffenen pars hereditaria. Fehlt ihm hiernach noch etwas an dem vollen Pflichttheile, ſo erſcheint das Vermächtniß der res certa, ſoweit es von dem Pflichttheilsberechtigten zu präſtiren iſt, als gravamen, kürzt ſich alſo in Gemäßheit der c. 32 C. de inoff. test. von ſelbſt, und zwar dieß, wenn etwa auch noch anderweite Legate dem Pflichttheilsberechtigten aufliegen, zugleich mit dieſen verhältnißmäßig. Wäre auch nach dieſen Kürzungen der Pflichttheilsverletzung noch nicht vollſtändig abgeholfen, dann käme c. 30 C. de inoff. test. zur Anwendung, die übrigen Unbeſchränkten hätten dem Verletzten das noch Fehlende zu ergänzen.

3) Die Grenzen der Honorirung können ferner dadurch überſchritten ſein, daß bei vollſtändiger Präſtation der res certa (mit oder ohne Konkurrenz anderweiter Legate) den gehörig Eingeſetzten nicht ein volles Viertel ihrer Erbportionen verbleibt. Es fragt ſich daher: dürfen ſie in ſolchem Falle dem

---

ab actionibus hereditariis, indem nach c. 13 C. de her. inst. die ganze Schuldenlaſt lediglich den Unbeſchränkten aufliege. Sollten indeſſen von dieſen nicht alle Schulden zu erlangen ſein, weil ſie entweder cum ben. inventarii angetreten haben, oder weil ihr eignes Vermögen nicht hinreicht, ſo könnten jetzt die Creditoren nicht unter der institutio ex re certa leiden, dieſelbe erſcheine nun gleichſam als negotium mortis causa in fraudem creditorum factum. Zwar ſtehe ihnen hier nicht die actio Pauliana gegen den beſchränkt Eingeſetzten zu, wohl aber involvire die ſeiner Einſetzung ſtillſchweigend innewohnende Clauſel: ne creditoribus solvatur eine turpitudo, und gelte daher pro non adjecta, ſoferne nicht der Teſtator anderweit für die Gläubiger geſorgt habe.

heres ex re certa die Falcidiſche Quart abziehen?

a) Für das Recht der Compilation iſt dieſe, in den Quellen nicht hervorgehobene[3]) Frage ſchon den allgemeinen Vermächtnißgrundſätzen zufolge unzweifelhaft zu bejahen; es bedarf daher kaum der Bemerkung, daß wir in dem Falle, da ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt ſind (ſ. oben Seite 238), die Anwendung der Falcidia auf dieſe res ſogar poſitiv beſtätigt gefunden haben.

Das Platzgreifen der lex Falcidia vorausgeſetzt, muß ſich denn auch im Genaueren das Verhältniß ganz ſo geſtalten, wie überhaupt bei einem Vermächtniſſe, welches einem Theilerben hinterlaſſen iſt, der ſeine Erbportion an die Miterben zu reſtituiren hat. Demgemäß iſt auseinander zu halten der direkte und der fideikommiſſariſche Beſtandtheil der vollen, den gehörig Eingeſetzten nach c. 13 C. de her. inst. von vornherein zuſtehenden Erbportionen, und dabei namentlich zu beachten, ob und wieweit, nach den dieſerhalb oben (Seite 427 Nummer A) gewonnenen Grundſätzen, das Vermächtniß der res certa auf dem einen oder auf dem andern Beſtandtheile jener Portionen laſtet; auch iſt bei Berechnung der Quart die etwaige Konkurrenz noch andrer von dem Erblaſſer ausgeſetzter Vermächtniſſe im Auge zu behalten.

Nehmen wir nun, um die hier eintretenden Geſichtspunkte in ſofortiger Anwendung auf ein Beiſpiel vorzuführen, folgenden Fall an. Die Erbſchaft beträgt 400; A iſt sine parte inſtituirt, B iſt inſtituirt auf eine res von 360, ſei es auf eine Geldſumme oder auf ein praedium dieſes Werthes; außerdem ſind 40 als Legate an Nichterben ausgeſetzt. — Auf der direkten pars des A im

---

[3]) Wenn es in jenem Reſcripte von Gordian (ſ. oben Seite 355) heißt „Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est," ſo erhellt doch nicht, mit Rückſicht auf welche, in dem Fragefalle vorgelegenen, Vermächtniſſe dieß gemeint war.

Werthe von 200 lasten also hier 160, soferne die res in Geld besteht, resp. die Hälfte des praedium mit 180, außerdem 20 als die Hälfte der anderweiten Legate; auf der fideikommissarischen (dem B detracta rei mentione geschaffenen) pars des A im Werthe von 200 lasten 200, soferne die res in Geld besteht, resp. die andere Hälfte des praedium mit 180, ebenso 20 als die andere Hälfte jener Legate.

Der gehörig Eingesetzte darf nun den Maaßstab der Falcidia nur an denjenigen Theil der res certa legen, welcher seine direkte pars afficirt, nicht auch an denjenigen Theil der res, welcher auf dem fideikommissarischen Bestandtheile seiner Erbportion lastet. In unsrem Falle muß daher A die aus seiner fideikommissarischen pars zu leistende Hälfte des praedium mit 180, resp. die aber daraus mit 200 zu zahlende Geldsumme an den B vollständig entrichten, soweit nicht im Interesse der aus derselben pars zu befriedigenden übrigen Legatare ein Abzug nöthig werden sollte, welcher Abzug dann aber mit der dem gehörig Eingesetzten gegen die res certa zustehenden Falcidia außer Zusammenhang steht [4]).

Für die Frage, ob dem gehörig Eingesetzten die Quart seiner direkten pars verletzt ist, kommen dann alle die, aber auch nur die auf dieser pars haftenden Lasten in Betracht; also die Hälfte des praedium mit 180, resp. wenn die 360 in Geld bestehen, der Rest dieser (aus der fideikommissarischen pars von 200 nicht vollständig zu erlangenden) Summe mit 160, und daneben 20 als die Hälfte jener anderweiten Legate. — Zeigt sich hiernach

---

[4]) Gerade darum gehen wir hier nicht weiter auf die Frage ein, inwiefern dieser Abzug (im Interesse der übrigen Legatare) von der res certa wirklich gemacht werden darf, s. darüber unten Nummer IV, D. 1 dieses Paragraphen. — Eben so wenig berührt uns hier die Frage, ob und wieweit der gehörig Eingesetzte sich den übrigen Legataren gegenüber die Quart seiner fideikommissarischen Portion frei halten darf, s. darüber unten §. 25 Nummer 2, b. a. E.

die Quart der direkten pars wirklich verletzt (und dieß ist hier der Fall, indem von 200, als dem Werthe dieser pars, geleistet werden sollen 20 + 180, resp. 20 + 160), so geschieht die Berechnung des nöthig werdenden Abzugs verhältnißmäßig von allen diesen Lasten, mithin werden die 20 + 180 reducirt auf 15 + 135, die 20 + 160 auf 16 ⅔ + 133⅓. — Dagegen der wirkliche Abzug nach dem so berechneten Verhältnisse trifft vollständig nur jene anderweiten Legatare (diese erhalten statt 20 nur 15 resp. 16⅔ aus der direkten pars des A), rücksichtlich der res certa unterbleibt er in Folge der Grundsätze über Compensation gegenseitiger Vermächtnisse insoweit, als der gehörig Eingesetzte [5]) gedeckt wird durch den Werth desjenigen, was er aus der ihm fideikommissarisch zugefallenen pars des ex re Instituirten behält; nur soweit er etwa noch außerdem durch die res in seiner Quart verletzt ist, zieht er dieselbe der res ab [6]). In unsrem Beispiele nun würde der an der res berechnete Abzug allerdings auch vollständig realisirt, indem hier zufälliger Weise nichts zu compensiren ist; denn besteht die res certa (mit 360) in Geld, so bleibt dem A aus seiner fideikommissarischen pars schon der res certa wegen nichts, besteht sie aber in jenem praedium, so ruhen 180 als die Hälfte dieses

---

[5]) Hat der ex re instituirte Miterbe seine pars an einen Nicht-erben zu restituiren, dann tritt eine solche Compensation zwischen Ersterem und den gehörig Eingesetzten natürlich überhaupt nicht ein.

[6]) Hier kommen die Schlußworte des oben (Seite 428 Note 5) seinen vorhergehenden Worten nach abgedruckten fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. zur Anwendung: „Quum autem praedia majoris pretii, quam portio hereditatis essent, in superfluo praediorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem enim pecuniam (d. h. soweit der Werth des von dem Fideikommissar aus seiner pars an den Fiduciar zu leistenden Theils des praedium gedeckt wird durch dasjenige, was der Fideikommissar aus der pars des Fiduciars an Werth behält) compensari placuit.“ S. über diese Stelle Stemann in Elvers Themis, neue Folge, Bd. I S. 283. v. Vangerow, Lehrb. der Pand. Bd. II, S. 491. v. Buchholtz, Prälegate S. 250 Note 63 ff.

praedium, und daneben noch 20 von jenen anderweiten Legaten auf der fideikommissarischen pars, wodurch denn diese auch hier erschöpft wird.

b) Eine andere Frage ist, ob auch noch seit Nov. 1 cap. 2 §. 2, wonach die Falcidia nicht mehr wider Willen des Erblassers zur Anwendung kommt[7]), dem heres ex re certa institutus von den gehörig eingesetzten Miterben die Quart abgezogen werden darf?

Während wir diese Frage da, wo sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind, durchgängig verneinen mußten (s. oben Seite 241 ff.), können wir dieß, eben im Interesse der voluntas testatoris, nicht in gleichem Maaße für die gegenwärtigen Fälle der institutio ex re certa. Zwar macht sich auch hier der Gesichtspunkt geltend, daß die res im Sinne des Erblassers als Erbportion erscheint, er also nicht daran dachte, wie an diese, vermöge bloßer juristischer Construktion sich als Vermächtniß darstellende, Zuwendung der Maaßstab der Falcidia gelegt werden könne; allein andrerseits wirft sich die Frage auf: welche Vorstellung hatte der Testator von dem Werthe des den gehörig Eingesetzten übrig bleiben sollenden Vermögens? eine Frage, welche natürlich da nicht entstehen konnte, wo der Erblasser, sämmtliche Erben auf res certae einsetzend, zugleich allseitig die in seinem Vermögen enthaltenen Objekte hervorgehoben hat.

Kannte der Erblasser den Stand seines demnächstigen Nachlasses, dann allerdings ist Gewißheit über seinen Willen vorhanden, daß der ex re Instituirte die res unverkürzt, die gehörig Eingesetzten nur das hiernach noch Uebrige erhalten sollen; ebenso dann, wenn er dem Ersteren die res unverkürzt unter allen Umständen, wie wenig auch den Letzteren übrig bleibe, zuzuwenden beabsichtigt hat.

---

[7]) s. oben Seite 117 ff.

Läßt ſich dagegen eine ſolche Kenntniß, eine ſolche Abſicht des Erblaſſers im Fragefalle nicht nachweiſen, dann wird jener Wille, auf welchen doch Alles ankommt, in der That zweifelhaft. Man muß hier der von dem Teſtator angeordneten Conkurrenz der gehörig Eingeſetzten auch für das materielle Bekommen dieſer Letzteren Gewicht beilegen, und zugeben, daß dieſelben unter der res certa nicht weiter als unter einem ausdrücklich auferlegten Vermächtniſſe zu leiden haben.

Wir entſcheiden uns alſo dahin: iſt den gehörig Eingeſetzten die Quart ihrer direkten partes hereditariae durch die res certa verletzt, ſo ſteht ihnen im Zweifel auch noch nach Nov. 1 cap. 2 §. 2 gegen den ex re Inſtituirten das beneficium legis Falcidiae (ganz nach den obigen genaueren Grundſätzen) zu, inſoferne nicht der Letztere beweiſt, der Erblaſſer habe entweder gewußt, daß ſein Vermögen außer der res mindeſtens nicht mehr betragen werde, als ſich jetzt nach ſeinem Tode herausſtellt, oder er habe die gehörig Eingeſetzten unter allen Umſtänden auf das nach Abzug der res Uebrige, wie unbedeutend auch daſſelbe ſei, beſchränken wollen.

B. In dem Bisherigen (Nummer A) wurde ſtillſchweigends immer der (gewiß auch regelmäßige) Fall vorausgeſetzt, daß die res certa ein wirkliches Erbſchaftsobjekt iſt, oder, wenn Geld, aus Erbſchaftsmitteln vollſtändig geleiſtet werden kann; allein möglicherweiſe beſteht dieſelbe, was auch für die Fälle des vorigen Abſchnittes (Seite 245 ff.) hervorgehoben worden, in einem Objekte, welches überhaupt nicht oder doch nicht dauernd und ſicher in dem Nachlaſſe enthalten iſt.

Die hier zunächſt entſtehende Frage, ob die auf ein ſolches Objekt gerichtete Erbeseinſetzung ſelbſt als eine gültige betrachtet werden darf, muß ganz wie früher (Seite 245—248) als eine quaestio voluntatis bezeichnet und im Allgemeinen dahin beantwortet werden: die Einſetznng ſelbſt iſt nur dann ungültig, wenn die rei mentio entweder ein die Ernſtlichkeit des

Willens ausschließendes derisorium, oder einen der Gültigkeit der heredis institutio präjudicirenden Irrthum enthält.

Ueberall sonst wird ungeachtet des mangelnden oder unsichern Objektes der Instituirte dennoch Erbe, gerufen auf die ihm auch hier detracta re geschaffene pars hereditaria. Allein wie gestaltet es sich für ihn mit dem materiellen Bekommen? bleibt es bei der Restitution seiner pars, und geht er auch rücksichtlich der res, also total, leer aus? oder erhält er ein Werthäquivalent der res? oder endlich behält er seine pars hereditaria, indem er weder die res noch deren Werthäquivalent beanspruchen kann? Unsrer Ansicht nach muß die Entscheidung rücksichtlich des materiellen Bekommens hier etwas anders ausfallen als da, wo sämmtliche Miterben ebenfalls auf res certae eingesetzt sind, und zwar dahin: der auf ein solches Objekt Instituirte hat unter allen Umständen, jedoch natürlich mit Einhaltung der unter A angegebenen Grenzen der Honorirung, einen direkten Anspruch auf das Werthäquivalent (aestimatio, Surrogat, Ablösung des Pfandnexus u. s. w. nach Verschiedenheit der Fälle) jenes Objektes; es sei denn, daß die res certa total unkenntlich bezeichnet ist, in diesem Falle behält er den Werth der ihm detracta re geschaffenen pars hereditaria.

1) Das Recht auf ein Aequivalent, vorerst noch abgesehen von der Größe desselben, versteht sich nämlich:

a) schon nach allgemeinen Grundsätzen dann von selbst, wenn der Fall von der Art ist, daß auch ein wirklicher Vermächtnißnehmer hier nicht leer ausgehen würde; was dieser nach den gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätzen beanspruchen kann, muß auch unsrem Institnirten zu Theil werden, z. B. der Testator hat ihn wissentlich auf eine res aliena eingesetzt. Hierher gehören denn alle die Fälle, welche bereits im zweiten Abschnitte Seite 249—253 angegeben sind.

b) Daß aber auch da, wo ein wirklicher Vermächtnißnehmer nach allgemeinen Grundsätzen leer ausgehen würde (z. B. die

Sache ist res aliena, der Erblasser hielt sie aber für sein Eigenthum), der Institnirte dennoch jenes Werthäquivalent beanspruchen darf, folgern wir theils aus der hier vorliegenden voluntas testatoris, theils aus der Analogie gewisser Stellen, welche in einem unsrer institutio ex re certa ganz ähnlichen Verhältnisse eben conjectura voluntatis zu derselben Entscheidung kommen. — In erstrer Beziehung argumentiren wir so: da der Eingesetzte die res anstatt*) des in seiner pars Enthaltenen bekommt, so dürfte er, würde er wegen der res nicht zufrieden gestellt, diese seine pars behalten; hierdurch aber würde für seine wie für der Unbeschränkten Stellung ein der voluntas testatoris durchaus nicht entsprechendes Resultat herbeigeführt; um dieß zu vermeiden, um das von dem Erblasser Gewollte möglichst zu realisiren, erhält er ein Werthäquivalent der res, wie ihm ein solches der Testator selbst, hätte er gewußt, daß das Objekt nicht oder nicht dauernd und sicher prästirt werden könne, jedenfalls zugewendet haben würde. — Ganz in diesem Sinne entscheiden denn die Quellen ausdrücklich da, wo der Erbe von dem Erblasser wirklich gebeten ist, die Erbschaft zu restituiren praecepta certa re, die res aber von der Beschaffenheit ist, daß ein gewöhnlicher Vermächtnißnehmer rücksichtlich ihrer möglicherweise leer ausgehen könnte. In fr. 72 D. ad Sct. Treb. (s. oben Seite 265 Note 34) heißt es: ist die res praecipienda eine res aliena, so soll der Fiduciar jedenfalls deren aestimatio erhalten, denn es sei anzunehmen, der Testator habe ihm die Sache omnimodo, selbst wenn er sie als res aliena gekannt hätte, zuwenden wollen; ebenso wird in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (s. oben Seite 113 Note 34), wo die res praecipienda mit einem Pfandrechte belastet ist, gar kein Gewicht darauf gelegt, ob der Testator dieß gewußt oder nicht gewußt hat, es wird als selbstverständlich

*) pro sua institutione, wie wir auch bezüglich des eigentlichen heres ex re certa institutus hier sagen dürfen. S. oben Seite 387 Note 5.

vorausgesetzt, daß der Fideikommissar die vincula pignoris ablösen, oder dem Fiduciar den Werth der von dem Pfandgläubiger evincirten Sache prästiren müsse. Beide Entscheidungen gründen sich auf die conjectura voluntatis insofern, als der Fiduciar, wenn er weder die res praecipienda noch deren Werth bekäme, nun auch die Erbschaft nicht zu restituiren hätte, mindestens die Restitution nur ex Scto Pegasiano mit den mißlichen Folgen des Quartabzugs geschehen, also der Totalzweck der Anordnung des Erblassers vereitelt würde.[9]). — Wir dürfen nun unbedenklich einerseits für den Fall, daß der Erbe ausdrücklich gebeten ist, hereditatem restituere praecepta (deducta, accepta, retenta) certa re, diese beiden Entscheidungen überall da zu Grunde legen, wo der Fiduciar die res entweder gar nicht oder nicht sicher erhalten kann, und er darum rücksichlich der res nach gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätzen leer ausgehen würde, andrerseits dürfen wir eben so unbedenklich diese Entscheidungen in der behaupteten Tragweite analog auch auf unsre institutio ex re certa anwenden[10]). Die einzelnen Fälle, in welchen sich dann der von uns gewonnene Gesichtspunkt geltend macht, sind wieder ganz die schon im zweiten Abschnitte (Seite 272 Nummer a — Seite 281) angegebenen.

Nur allein dann muß begreiflich die Leistung eines Werthäquivalents unterbleiben, wenn das Objekt von dem Erblasser nicht einmal individuell erkennbar bezeichnet ist, z. B. er setzt einen Erben auf einen fundus ein, während er keinen fundus im Vermögen hat, und auch nicht erhellt, welchen fremden fundus er etwa meint; hier verbleibt es (eben in Folge der Grundsätze,

---

[9]) s. oben Seite 109 Note 28, Seite 274 Nummer 3 der dortigen Anmerkung, Seite 277 Nummer 3 der dortigen Anmerkung.

[10]) Somit gebührt denn auch der Nummer 3, a der Anmerkung auf Seite 274, sowie der Nummer 3, a der Anmerkung auf Seite 277 ein (damals dort absichtlich einstweilen unterbliebener) unsre institutio ex re certa betreffender Zusatz.

welchen durch Präſtation des Werthäquivalents ausgewichen werden ſoll) für den Inſtituirten bei dem Werthe der ihm detracta re geſchaffenen pars hereditaria. Uebrigens braucht dadurch keineswegs die Reſtitution dieſer pars rückgängig gemacht zu werden, das Verhältniß läßt ſich einfach in der Art realiſiren, daß die Unbeſchränkten den reinen Werth der in jener pars enthaltenen res hereditariae zurückgeben, während der Antheil an den act. hereditariae fortwährend ihnen allein verbleibt.

2) Gemeinſchaftlich für die unter a und b erörterten Fälle fragt es ſich nun: *woraus* und *wieweit* iſt das Werthäquivalent zu leiſten?

a) Bezüglich der *erſteren* Frage iſt unſre Anſicht folgende: obwohl die *res ſelbſt*, wenn ſie ſich wirklich und dauernd in der Erbſchaft fände, eben als in media hereditate liegend pro rata aus ſämmtlichen direkten partes zu reſtituiren wäre, ſo muß doch das *Aequivalent*, als in Geld beſtehend, zunächſt lediglich aus dem Werthe der reſtituirten pars des Beſchränkten, und erſt ſoweit dieſer Werth dazu nicht reicht, aus den direkten partes der Unbeſchränkten geleiſtet werden; dieß nämlich darum, weil, wenn der Erblaſſer von vornherein auf Geld eingeſetzt hätte, den früheren Ausführungen zufolge (Seite 428 Nummer 2) dieſelben Grundſätze gelten würden, die ratio dieſer Art der Belaſtung aber hier offenbar ganz dieſelbe wie dort iſt.

b) Die *zweite* Frage betreffend, darf das Aequivalent, wie ſchon oben angedeutet, die für Vermächtniſſe beſtehenden *Grenzen der Honorirung nicht überſchreiten*. Mag daher die von dem Teſtator bezeichnete res noch ſo groß ſein, ihr Aequivalent kürzt ſich jedenfalls bis zum Belaufe des Aktivnachlaſſes, es kürzt ſich weiter durch den etwaigen Pflichttheil der Miterben, ſowie durch Conkurrenz noch andrer etwa ausgeſetzter Legate, es kürzt ſich endlich im Zweifel (ſ. oben Seite 451) nöthigenfalls ſoweit, daß den gehörig Eingeſetzten ein freies Viertel ihrer direkten partes übrig bleibt. Gerade darum iſt es denn auch ganz gleichgültig,

ob die res, beziehungsweise ihr Aequivalent für sich allein schon die Erbschaft überschwert oder nicht; bei einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen ergibt sich überhaupt die Abhülfe einer etwa vorhandenen Ueberschwerung der Erbschaft [11]), nachdem einmal die partes hereditariae geregelt sind (Seite 363 Nummer 2), sehr einfach aus den Grundsätzen über die für Vermächtnisse bestehenden rechtlichen Grenzen der Honorirung.

---

[11]) Die in der bisherigen Theorie bestehenden Ansichten über die grundsätzliche Behandlung unsrer institutio ex re certa mußten natürlich zu andern Resultaten hinsichtlich der Abhülfe einer etwaigen Ueberschwerung der Erbschaft in dem vorliegenden Falle führen.

Wer den heres ex re certa für einen reinen Legatar, die gehörig Eingesetzten für die einzigen Erben hielt, mußte die partes hereditariae lediglich unter die Letzteren, und zwar nach gewöhnlichen Grundsätzen, vertheilen, und von diesen Portionen ein freies Viertel gestatten, die res certa also ganz wie ein einem Nichterben zugewendetes Vermächtniß dem Abzuge der quarta Falcidia unterwerfen.

Wer dagegen die res certa als eine (durch die Falcidische Quart nicht zu schmälernde) Erbportion ansah, mußte die hier nöthig werdenden Entscheidungen für problematischer erklären. So wählte v. Vangerow (Leitfaden, Bd. II S. 166 lit. c. S. 167 lit. a u. c) folgenden Ausweg: übersteigen oder erreichen die res certae schon für sich allein die Erbschaft, so sollen die gehörig Eingesetzten ganz wegfallen, die heredes ex re certa also die einzigen Erben sein, welche, wenn es wirklich mehrere sind, und die res die Erbschaft überschweren, so theilen sollen, wie v. Vangerow a. a. O. S. 161 B, 1 a für die Ueberschwerung der Erbschaft in dem Falle, da sämmtliche Erben auf res certae eingesetzt sind, überhaupt das Verhältniß geregelt wissen will; erschöpfen dagegen die res nicht schon an sich die Erbschaft, liegt also die Ueberschwerung nur in den Quoten der gehörig Eingesetzten (mit oder ohne Conkurrenz auch noch von heredes sine parte scripti), dann sollen die ex re Instituirten ihre vollen res erhalten, die Quoten der gehörig Eingesetzten dagegen sollen sich nach gewöhnlichen Grundsätzen über Quotenüberschwerung reduciren. — Sintenis (prakt. Civilr. Bd. III S. 424 lit. cc S. 425 lit. bb) stimmt für den letztern Fall der Vangerow'schen Entscheidung bei, im erstern Falle will er die ex re Instituirten als bloße Legatare, die gehörig Eingesetzten als (einzige) Erben ansehen, und die Vertheilung nach den Grundsätzen der Lehre von der Falcidischen Quart vornehmen.

Vergleichen wir die durch das Bisherige gewonnenen Gesichtspunkte mit denjenigen, welche bezüglich derselben Frage da zur Anwendung kommen (S. 249 ff.), wo zugleich sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, so ergibt sich Folgendes. Die Grundsätze über ein überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse enthaltenes Objekt harmoniren für beide Fälle der institutio ex re certa darin: der auf ein solches Objekt Eingesetzte geht (soferne nur seine Einsetzung selbst gültig bleibt) keinenfalls leer aus; dieß darum, weil er in beiden Fällen die res für und gegen Restitution andrer ihm jure heredis erworbener Objekte erhalten soll, hier gegen Restitution seiner pars hereditaria, dort gegen Restitution der in seiner pars gelegenen Theile der den Miterben zugedachten res certae. — Dagegen unterscheiden sich beide Fälle (soferne nicht die res von dem Erblasser total unkenntlich bezeichnet ist) rücksichtlich dessen, was nunmehr der auf ein solches Objekt Eingesetzte zu beanspruchen hat. Sind auch die Miterben auf res certae instituirt, dann bewirkt das sich gegenseitig bedingende Verhältniß aller dieser Zuwendungen, daß darauf gesehen werden muß, ob noch ein unvertheilter, für Prästation eines Aequivalents hinreichender Rest des Nachlasses vorliegt, oder ob durch jenes nicht prästable Objekt die Erbschaft zugleich überschwert ist, indem nur in dem ersteren Falle dem Eingesetzten ein direkter, von dem guten Willen der Miterben unabhängiger Anspruch auf ein Aequivalent zusteht, während er in dem letzteren Falle keinen Ersatz für die res direkt fordern kann, dafür aber auch den Miterben nichts zu ihren res certae beizutragen braucht, vielmehr den Werth seiner pars behalten darf, insofern ihm nicht die Miterben freiwillig so viel ersetzen, als er durch die res certa erhalten sollte. Sind dagegen die Miterben gehörig eingesetzt, dann begründet Ueberschwerung oder Nichtüberschwerung der Erbschaft durch die res certa keine grundsätzliche Verschiedenheit der Entscheidung; in dem einen wie in dem andern Falle hat der ex re Instituirte

einen direkten Anſpruch auf ein Aequivalent der res, und in dem einen wie in dem andern Falle kürzt ſich der Betrag dieſes Aequivalents nöthigenfalls nach den für Vermächtniſſe beſtehenden Grenzen der Honorirung.

C. Wie in den Fällen des zweiten Abſchnittes ſo auch hier kann der Eingeſetzte den Anſpruch auf die res certa verlieren durch eigne Schuld (insbeſondere durch eine ihn treffende Indignität und durch Verzicht auf die res, welcher Verzicht ihn dann natürlich nicht berechtigt [12]), auf den Werth ſeiner pars hereditaria zu recurriren) ſowie durch veränderten Willen des Erblaſſers. Hierüber genügen die deßfallſigen früheren Ausführungen (Seite 290 Nummer C); das in dem gegenwärtigen Falle Abweichende ergibt ſich in einfacher Weiſe von ſelbſt.

Nur Folgendes heben wir beſonders hervor. So wie der Erblaſſer, nachdem er im Teſtamente ſämmtliche Erben auf res certae eingeſetzt hat, in einem ſpäteren Codicille einem dieſer Erben die rei mentio ſelbſt detrahiren darf (ſ. oben Seite 295), womit dann ganz das Rechtsverhältniß unſres dritten Abſchnittes und namentlich die volle Anwendbarkeit der c. 13 C. de her. inst. (ſ. oben Seite 413 Nummer c) durch ein bloßes Codicill herbeigeführt wird, ſo kann er auch da, wo er in einem Teſtamente eine institutio ex re certa neben gehörigen Einſetzungen angeordnet hat, in einem ſpäteren Codicille durch Wegnehmen oder Zuweiſen von res certae das ganze Rechtsverhältniß ändern; er kann einen der mehreren gehörig Eingeſetzten codicillariſch ebenfalls auf eine res certa beſchränken, ſo daß auch rückſichtlich dieſes Erben ganz das Rechtsverhältniß eines mit gehörig Eingeſetzten concurrirenden heres ex re certa institutus, namentlich auch wieder c. 13 C. de her., eintritt; er kann ſämmtliche neben dem ex re Inſtituirten in dem Teſtamente gehörig Eingeſetzte codicillariſch ebenfalls auf res certae beſchränken, und ſomit das für

[12]) ſ. auch fr. 11 §. 3 D. de leg. III.

eine Einſetzung ſämmtlicher Erben auf res certa geltende Rechtsverhältniß herbeiführen; er kann endlich dem neben gehörig Eingeſetzten auf eine res certa Inſtituirten codicillariſch die res detrahiren, wo ſich dann Alles ſo geſtaltet, als ſei überhaupt keine institutio ex re certa, ſondern lediglich eine Reihe gehöriger Erbeseinſetzungen vorhanden.

D. Die Frage betreffend, ob der beſchränkt Eingeſetzte unter Umſtänden durch Conkurrenz von Vermächtniſſen zu Gunſten Anderer ſeine res certa theilweiſe, vielleicht gar gänzlich einbüßen muß, hat man zu unterſcheiden die Vermächtniſſe, welche auf der Erbſchaft ſelbſt ruhen, und diejenigen, welche von dem Erblaſſer ſpeciell dem heres ex re certa auferlegt ſind.

1) Die auf der Erbſchaft ſelbſt ruhenden Vermächtniſſe (das eigentliche onus legatorum) treffen ihn, wie ſchon früher (Seite 420 Note 4) bemerkt, zwar in thesi allerdings zu dem Theile, zu welchem ſie auf ſeiner pars hereditaria laſten, allein mit dieſer pars ſind auch die darauf ruhenden Legate auf die Unbeſchränkten als Fideikommiſſare übergegangen, dieſe alſo haben ſie ex persona heredis ex re certa instituti zu bezahlen.

Dennoch kann auch der beſchränkt Eingeſetzte zu dieſem Legatentheile beizutragen haben. Wenn nämlich ſeine res certa, ſoweit ſie ebenfalls aus der reſtituirten pars zu präſtiren iſt, ¼ des Werthes der letzteren überſteigt, und zugleich jener Legatentheil mehr als den dann noch übrigen Reſt dieſes Werths beträgt, ſo muß im Intereſſe der Legatare die res, ſoweit ſie auf der reſtituirten pars ruht, nöthigenfalls bis zu ¼ des Werths dieſer pars gekürzt werden. Denn würde der Fiduciar ſeine pars behalten, ſo müßte er ebenfalls volle ¾ derſelben auf die Legate verwenden [13]).

---

[13]) fr. 1 §. 17 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Zur Erläuterung ſetzen wir hier die Geſtaltung jenes, bereits bei einer früheren Erörterung (Seite 447 ff.) gewählten Beiſpielsfalles fort: die Erbſchaft beträgt 400, A iſt gehörig, B auf eine Geldſumme von 360 inſtituirt, außerdem ſind 40 als Legate an Nichterben ausgeſetzt. Auf der reſtituirten pars des B (im Werthe von 200) haften 200 von der ihm per institutionem zugewendeten Geldſumme, und zugleich 20 als die Hälfte jener Legate, um 20 alſo iſt dieſe pars überſchwert. Behielte nun B ſeine pars, und er ſelbſt hätte den Nichterben ihre Legate zu bezahlen, ſo müßte er denſelben ihre vollen 20 präſtiren, denn es bliebe ihm dann immer noch ſeine Quart (von 50) frei. Daher kürzen ſich denn auch von ſeiner reſtituirten pars die ihm gebührenden 200 auf 180, die Legatare erhalten daraus ungeſchmälert ihre 20. — Selbſt wenn der auf der reſtituirten pars ruhende Theil jener Legate nicht 20, ſondern 150 betrüge, müßte ſich B auf 50 kürzen laſſen, und den Legataren wären volle 150 auszuzahlen. Mehr aber auch nicht; geſetzt z. B. die Legatare hätten 160 zu fordern aus der pars, dann allerdings würden ſie um 10 gekürzt, damit dem B 50 als Quart ſeiner pars verblieben.

2) Hat der Teſtator ſpeciell dem heres ex re certa institutus ein Legat auferlegt, ſo iſt dieſes als ſog. Aftervermächtniß anzuſehen, alſo aus dem Werthe der res certa zu präſtiren. Daſſelbe darf demnach vorerſt auf keinen Fall den Werth der res certa überſteigen, ſoweit kürzt es ſich nöthigenfalls von ſelbſt, denn Niemand kann mehr onerirt werden, als er im Effekte honorirt iſt. Wie aber, wenn das Legat dem Werthe der res certa gleichkommt, oder doch wenigſtens mehr als $^3/_4$ dieſes Werthes beträgt? Daß ſich dann der Beſchränkte von der res certa, alſo in ſeiner Eigenſchaft als Vermächtnißnehmer, keine Quart abziehen darf, iſt gewiß, da einem Vermächtnißnehmer als ſolchem nicht die Falcidia gebührt [14]). Allein

[14]) ſ. auch oben Seite 302 Nummer a.

inſoferne er berechtigt iſt, ſich als Erbe von ſeiner pars hereditaria die quarta (Trebellianica) abzuziehen, darf er dieß ohne Anſtand auch dann, wenn er (wie hier) die res certa, welche er ſich auf dieſe Quart compensando aufrechnen muß, nicht dauernd und ſicher behält; er zieht aber hier nicht dem Aftervermächtnißnehmer, ſondern dem Univerſal-Fideikommiſſar (dem gehörig Eingeſetzten) die Quart ab[15]). So war es denn auch ſicherlich in dem Rechte der Compilation. Erweiſt ſich aber die unten (§. 25 Nummer 2 b) aufzuſtellende Behauptung als richtig, daß dem heres ex re certa institutus als Fiduciar ſeit Nov. 1 cap. 2 §. 2 kein Recht mehr auf die ſog. Trebellianiſche Quart zuſteht[16]), dann muß er nach neueſtem Rechte die res certa bis zum Belaufe des Aftervermächtniſſes allerdings einbüßen, alſo möglicherweiſe ganz leer ausgehen, ſoferne er nicht einen Rechnungsfehler des Erblaſſers in der Größe des Aftervermächtniſſes nachweiſen kann, oder als Pflichttheilsberechtigter in der Lage iſt, dieſes gravamen unbeachtet zu laſſen.

E. Iſt ein Descendent des Teſtators neben anderen Descendenten zum Erben eingeſetzt, aber auf eine res certa beſchränkt, und er hat von dem Erblaſſer ſchon bei deſſen Lebzeiten zur Collation geeignete Zuwendungen erhalten, ſo fragt es ſich, ob ihn die von Juſtinian in Nov. 18 cap. 6 eingeführte teſtamentariſche Collationspflicht trifft?

---

[15]) arg. fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2): Acceptis a Maevio centum, hereditatem Maevio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est; quamquam haec centum quartam bonorum efficiunt, tamen propter fideicommissum sequens quartae retentioni locus erit; tunc enim ex Constitutione Divi Hadriani Falcidiae satisfacit ea quantitas, quum apud heredem remanet. Sed Falcidiam patietur solus, cui hereditas relicta est; nam in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest.

[16]) Damit ſteht nicht im Widerſpruche das vorhin unter 1 Bemerkte, eben weil er dort die Quart nicht als Fiduciar, ſondern ſo, wie wenn er ſeine pars gar nicht reſtituirt hätte, frei behält.

Dieſe ſelten angeregte und doch praktiſch höchſt wichtige Frage wird verneint namentlich von Fein[17]), aus dem doppelten Grunde, weil der heres ex re certa institutus, obwohl er Erbe ſei, doch dadurch, daß ſich ſein Anſpruch bei der Erbtheilung auf die res certa beſchränke, und er weder an den übrigen Aktivis der Erbſchaft, noch an den Schulden Antheil nehme, ſich zu ſeinen Miterben wie ein Legatar verhalte, und dann weil ihm eine Quote fehle, nach welcher die Collation in aktiver Hinſicht vorgenommen werden könne.

Wir können dieſer Anſicht nicht beipflichten, glauben vielmehr, daß der heres ex re certa institutus, obſchon er (auf die uns jetzt dem Grundſatze nach bekannt gewordene Weiſe) im Effekte des Bekommens wie ein Legatar daſteht, dennoch unter den ſonſtigen allgemeinen Vorausſetzungen als collationspflichtig betrachtet werden muß. — Dafür ſpricht offenbar ſchon die Billigkeit; ſollte derjenige, welchem als Erben der Teſtator direkt bona zugewieſen hat, weniger collationspflichtig ſein als derjenige, welcher erſt durch ſeine pars hereditaria zu Vermögensobjekten gelangt, da doch Collation weſentlich gerade materielle Ausgleichung unter den Erben zur Tendenz hat? Unſre Meinnng findet aber auch ihre vollſtändige rechtliche Begrüudung: als Vermächtniß erſcheint die res certa nur vermöge juriſtiſcher Conſtruktion, der Erblaſſer ſelbſt hat ſie als wirkliche Erbportion zugewendet, dieß wenn auch unjuriſtiſch, ſo doch ſeinem Willen nach; nun aber beruht anerkannterweiſe die ganze kraft Nov. 18 cap. 6 bei der teſtamentariſchen Erbfolge eintretende Collationspflicht auf nichts anderem als auf Befolgung der muthmaßlichen voluntas testatoris[18]). Liegen daher im einzel-

---

[17]) Recht der Collation, Seite 377, Nummer 3; ihm folgt Sintenis (prakt. Civilr. Bd. III Seite 544 Note 7 a. E., obwohl er (ebendaſ. Seite 417 Note 21) die res certa auch juriſtiſch als die Erbportion des Inſtituirten anſieht.

[18]) Fein ſelbſt (a. a. O. Seite 372) ſagt von Nov. 18 cap. 6: „Aus

nen Falle keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Erblaſſer den ex re Inſtituirten von Collation befreit wiſſen wollte [19]) ſo kann jene vermuthliche voluntas unmöglich unter der bloß juriſtiſchen Conſtruktion leiden, durch welche in Aufrechterhaltung der institutio ex re certa der Eingeſetzte die res als Vermächtniß erhält, im Gegentheile, die ſchon mehr erwähnte, bei dieſem Erben vorliegende Unzertrennlichkeit von Erbſchaft und Vermächtniß bringt es mit ſich, daß derſelbe conferiren muß, wie er es müßte, wenn die res auch juriſtiſch ſeine Erbportion wäre.

Was ſodann den Theilungsmaaßſtab betrifft, ſo fehlt es vorerſt dem beſchränkt Eingeſetzten, wie wir nunmehr wiſſen, keineswegs an einer Quote, dieſe iſt die detracta re geſchaffene pars hereditaria; dennoch aber richtet ſich nicht nach dieſer pars, welche ja der Beſchränkte nicht behält, der Theilungsmaaßſtab, ſondern derſelbe iſt einfach, und zwar wieder ex voluntate testatoris der folgende: das conferendum wird unter dem Collationspflichtigen und den Collationsberechtigten nach dem Verhältniſſe des Werthes der res und dem Verhältniſſe des dann noch übrig bleibenden Werthes der (direkten wie fideikommiſſariſchen) Portionen der Unbeſchränkten berechnet. Dieſer Auffaſſung ſteht nämlich keineswegs der Umſtand entgegen, daß die Quellen bei

---

der Motivirung „„quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus, hujus non esset memoratus““ erſehen wir aber, daß die ganze Sanktion als eine vom Geſetzgeber vorgenommene Vervollſtändigung eines unvollſtändig erklärten Willens des Erblaſſers aufgefaßt werden muß.“

[19]) So kann der Teſtator einem Inſtituirten gerade darum, weil er ſchon bei Lebzeiten an ihn (an ſich zur Collation geeignete) Zuwendungen gemacht hat, aufgeben, contentus certis rebus zu ſein, was dann als ſtillſchweigender Erlaß der Collation zu betrachten iſt, ſ. auch Fein a. a. O. S. 379 Note 14; wir theilen nämlich die Anſicht, wonach (ſ. Fein a. a. O. §. 67) die Worte der Nov. 18 cap. 6 „nisi expressim designaverit ipse“ etc. ſo wenig wie die Worte der Nov. 1 cap. 2 §. 2 „si vero expressim designaverit“ etc. eine ausdrückliche Erklärung des Teſtators, vielmehr nur das Unzweideutige der voluntas fordern.

dem Theilungsmaaßſtabe eines conferendum die Erbportionen des Pflichtigen und der Berechtigten vor Augen haben[20]), denn einmal muß man bedenken, daß in dem Falle einer institutio ex re certa jene Werthbeträge dem Willen des Erblaſſers nach (welcher doch auch hier entſcheiden muß) wirklich als Erbportionen in Betracht kommen, dann aber wird ja auch anderwärts, nämlich bei Collation einer donatio simplex[21]), ein anderer Maaßſtab als der pro portione hereditaria angewendet, endlich aber gehen, was nicht zu überſehen iſt, die Quellen, indem ſie die partes hereditariae im Auge haben, dabei ſtillſchweigends von der (bei der Inteſtaterbfolge und contra tab. bon. possessio, von welcher allein die Quellen ſprechen, gewiß regelmäßig zutreffenden) Vorausſetzung aus, daß die Erben an materiellem Vermögen auch wirklich ihre partes vollſtändig verwerthet erhalten[22]).

Iſt unſre Anſicht richtig, ſo verſteht es ſich auch, daß da, wo ſämmtliche Erben auf res certae eingeſetzt ſind, und einer oder der andre derſelben collationspflichtig iſt (ein Fall, welcher hier zu den Erörterungen des zweiten Abſchnittes nachgetragen werden ſoll), der Theilungsmaaßſtab ſich ebenfalls nicht, wie

---

[20]) ſ. z. B. fr. 1 §. 24, fr. 2 §. 5, fr. 3 §. 2 D. de collat. (37. 6). fr. 1 §. 14 D. de conj. cum. emanc. lib. (37. 8).

[21]) c. 20 pr. C. de collat. (6. 20). Fein a. a. O. Seite 219. 283. 380.

[22]) Ueberhaupt ſcheint die Frage noch nicht gehörig gewürdigt, nach welchem Maaßſtabe bei teſtamentariſcher Erbſchaft (bei welcher durch Anordnung des Erblaſſers das Bekommen gewiß häufiger als bei der Inteſtaterbfolge von dem Gerufenſein abweichen wird) das conferendum getheilt werde, ob nach dem Werthe deſſen, zu was die Erben gerufen ſind, oder aber nach dem Werthe deſſen, was ſie materiell bekommen? Dem Collationsberechtigten werden doch bona überhaupt nicht darum conferirt, weil der Collationspflichtige mit ihm an dem Rechtsbegriffe der Erbſchaft participirt, ſondern eben darum, weil er ihn zugleich in der unter dem Rechtsbegriffe enthaltenen bona ſchmälert. — Collation, Pflichttheil, und Falcidia haben (jedes in ſeiner Art) die materielle Seite eines Erbrechtes im Auge.

Fein[23]) vorauszusetzen scheint, nach der Größe der detracta re geschaffenen partes hereditariae, sondern nach dem gegenseitigen Werthverhältnisse der res certae einschließlich des Werthes der Erbtheile an dem etwa durch die res nicht erschöpften Reste des Nachlasses zu richten hat[24]).

§. 25.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

V. Während wir unter Nummer IV (§. 24) die hauptsächlichsten Fälle hervorgehoben haben, in welchen der heres ex re certa institutus weniger als die res', oder etwas anderes, oder gar nichts erhält, entsteht nun noch die umgekehrte Frage, ob derselbe (natürlich bei fortdauernder Conkurrenz wenigstens Eines der Unbeschränkten) unter Umständen mehr als die res certa bekommen kann?

Dieß ist allerdings möglich; zunächst durch später veränderten Willen des Testators, und zwar ganz in Folge der bereits früher (Seite 458) hervorgehobenen Willensänderungen, denn es leuchtet ein, daß der Effekt derselben den ex re Instituirten bald nachtheiliger bald vortheilhafter hinsichtlich des Vermögens stellen wird. Die hauptsächliche Frage aber ist: kann es geschehen, daß er schon kraft gesetzlicher Bestimmung mehr als die ihm von dem Erblasser hinterlassene res certa beanspruchen darf? Hier kommen denn zu Gunsten des Beschränkten (wie oben unter IV zu Gunsten der gehörig Eingesetzten) vornehmlich die

---

[23]) a. a. O. Seite 378. Fein sagt nämlich: „Wenn dagegen nur ex re certa eingesetzte Erben concurriren, so werden sie bekanntlich als heredes sine partibus instituti betrachtet, welchen die res certae prälegirt worden seien. Sie haben daher alle Rechte und Pflichten eines Erben, und daher muß es" (pro rata hereditaria?) „unter ihnen zur Collation kommen."

[24]) Dasselbe müssen wir aus gleichen Gründen für den Fall einer von dem Erblasser angeordneten divisio bonorum behaupten.

drei Punkte in Betracht, in welchen ein Erbrecht auf seine materielle Seite sieht: Pflichttheil, Falcidia, Collation.

1) Für den Fall, daß der heres ex re certa institutus in seinem etwaigen Pflichttheilsrechte verletzt ist, gibt Nov. 115 cap. 5 pr. ausdrücklich die mehrerwähnte Bestimmung:

> si vero illis (den Beschränkten) minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus (von den Unbeschränkten) expleatur.

Dabei aber muß er sich vorerst die res certa vollständig in den Pflichttheil einrechnen, wie dieß bereits oben (Seite 227—233) ganz allgemein für alle Fälle der institutio ex re certa, theils aus der Natur der portio legitima (als einer pars bonorum, nicht pars hereditatis), theils gerade aus dem richtig verstandenen Sinne der angezogenen Worte unsrer Novelle gegen die abweichende Ansicht Andrer nachgewiesen worden ist, und sollte ihm ein (aus dem Werthe der res certa zu prästirendes) Aftervermächtniß (s. oben Seite 460 Nummer 2) auferlegt sein, so kürzt sich dieses gravamen bis zum Belaufe der Pflichttheilsverletzung in Gemäßheit der c. 32 C. de inoff. test. von selbst.

Das dann nach Einrechnung der res certa [1]) noch am Pflichttheile etwa Fehlende haben die Unbeschränkten nach den Grundsätzen der c. 30 C. de inoff. test. aus der Erbschaft auszuzahlen, und dieß ist es, was Justinian mit den Worten: „hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleri“ meint. Uebrigens bedarf es dazu nicht gerade einer besonderen

---

[1]) Die von Francke (Recht der Notherben, Seite 328) aufgeworfene Frage, ob dem neben gehörig Eingesetzten auf eine res beschränkten Pflichttheilsberechtigten auch ein Recht auf die Früchte der res certa von dem Tode des Erblassers an gebühre, beantwortet sich, nachdem wir die grundsätzliche Behandlung dieser institutio kennen, einfach nach den bereits früher (Seite 227 Note 3) angegebenen Gesichtspunkten, namentlich also auch die Frage, wieweit er sich diese Früchte in den Pflichttheil einrechnen muß.

Klage, der ſog. actio suppletoria, das expleri kann, wie für jeden pflichttheilsberechtigten Erben (ſ. oben Seite 236 Note 14) zugleich mit der Erbtheilung in dem judicium familiae erciscundae, zu welchem ja auch der beſchränkt Eingeſetzte Zutritt hat (Seite 443), bewerkſtelligt werden.

2) Unſrem heres ex re certa institutus ſteht, wie wir wiſſen, dem Rechtsbegriffe nach eine (detracta re geſchaffene) pars hereditaria zu, welche als Univerſal-Fideikommiß an die neben ihm gehörig Eingeſetzten fällt; wie nun iſt es, wenn er von ſeiner pars nicht die ſog. Trebellianiſche Quart frei hat? darf er ſich dieſelbe frei machen?

a) Für das Recht der Compilation muß, wenigſtens ſolange noch ein wirklicher Reſtitutionsakt bezüglich dieſer pars vorkam, alſo bis zu Juſtinian's c. 13 C. de her. inst., dem Beſchränkten das Recht auf die ſog. Trebellianiſche Quart unzweifelhaft zugeſprochen werden. Zwar fehlt es an einem ausdrücklichen Zeugniſſe [2]), allein unſre Behauptung rechfertigt ſich zunächſt ſchon ſelbſtverſtändlich aus allgemeinen Geſichtspunkten; ſowie von dem Rechtsverhältniſſe, in welchem ſich der ex re Inſtituirte vermöge juriſtiſcher Conſtruktion bewegt, überhaupt ein wirklicher praktiſcher Gebrauch (z. B. rückſichtlich des Antheils an den actiones hereditariae vor der Reſtitution) gemacht wurde, ſo mußte dieſem Eingeſetzten auch die Trebellianiſche Quart ebenſo gut zuſtehen, wie ſie nach dem Rechte der Compilation anerkannt demjenigen Theilerben zuſteht, welchem der Erblaſſer ausdrücklich aufgegeben hat, ſeinen Erbtheil zu reſtituiren, und ſich mit beſtimmten Sachen zu begnügen [3]). Außerdem aber erinnern wir uns aus dem erſten Abſchnitte unſrer Abhandlung an folgendes:

---

[2]) Bezüglich der Worte: Falcidiam quoque u. ſ. w. in Gordian's c. 1 C. Greg. fam. erc. gilt hier daſſelbe was bereits oben Seite 447 Note 3 bemerkt war.

[3]) c. 11 C. ad leg. Falc. (6. 50). ſ. oben Seite 378 Note 15.

iſt nur ein einziger Erbe eingeſetzt, aber auf eine res certa beſchränkt, und es erhellt zugleich, zu weſſen Dritten Gunſten dieſe Beſchränkung ſtattfinden ſoll, ſo darf er ſich dieſem Dritten gegenüber, welchem er dann die hereditas zu reſtituiren hat, die Quart frei halten, wie dieß für einen einzelnen hieher gehörigen Fall durch jenes in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und in fr. 29 D. ad Sct. Treb. enthaltene Reſcript von Severus und Antoninus ausdrücklich angegeben wird (ſ. oben Seite 107); was dort für den heres ex re certa als Univerſalerben gilt, muß aber offenbar für ihn auch als Theilerben gelten, welcher ſeine pars zu reſtituiren hat. — Zweifelhafter möchte es ſcheinen, ob auch noch ſeit c. 13 C. de her. inst. rückſichtlich der doch nun geſetzlich ſchon von vornherein an die Unbeſchränkten übertragenen pars der Beſchränkte hinterher auf die Trebellianiſche Quart provociren darf; bedenkt man indeſſen, daß dieſe Verordnung lediglich den endlichen Effekt der Conſtruktion des bisherigen Rechts erfrüht, nicht aber dieſe Conſtruktion ſelbſt und ihre ſonſtigen praktiſchen Conſequenzen geändert hat, ſo muß man auch rückſichtlich der Zuläſſigkeit der Trebellianiſchen Quart das bisherige Recht ungeſchmälert fortbeſtehen laſſen. Daß ſich dann auch keine Mißſtände und Verwicklungen durch nachträgliches Provociren auf die Quart ergeben, wird ſich ſogleich unten zeigen.

Hat nun nach dem Rechte der Compilation der beſchränkt Eingeſetzte Anſpruch auf ein freies Viertel ſeiner pars hereditaria, ſo geſtaltet ſich in der damaligen Zeit das Verhältniß alſo:

Indem er den Unbeſchränkten gegenüber die Quart berechnet, muß er ſich auf dem Wege der Compenſation gegenſeitiger Vermächtniſſe den Werth der ganzen res certa aufrechnen; die Unbeſchränkten nämlich, welchen das Univerſal-Vermächtniß der pars des Beſchränkten zufällt, compenſiren gegen den Quartanſpruch des letzteren vorerſt mit demjenigen Theile der res,

welchen ſie aus dieſer pars ihm jure legati zurückgeben [4]), dann aber auch mit denjenigen Theilen der res, welche ſie ihm aus ihren direkten partes hereditariae entrichten [5]). Was ihm dann nach Aufrechnung der res certa noch an dem freien Viertel ſeiner pars fehlt, darf er ſich ergänzen [6]).

Dieſes Ergänzen geſchieht dann ganz in der für die ähnlichen Fälle des erſten Abſchnittes (Seite 111 ff.) angegebenen Weiſe. Nach ſtrengem Rechte alſo müßte es zu einem wirklichen Abzuge der Quart kommen, wodurch dann aber das Mißliche entſtände, daß der Beſchränkte gar nicht legatarii loco würde: denn in dem vorjuſtinianiſchen Rechte hätte er ex Sclo Pegasiano reſtituirt, wäre ſonach auf ſeine ganze pars Erbe geblieben, ſeit Juſtinian hätte er zwar ex Sclo Trebelliano reſtituirt, wäre aber durch den Quartabzug Erbe auf ¾ ſeiner pars geblieben. Die dadurch entſtehenden Mißlichkeiten bezüglich der stipulationes partis et pro parte nach älterem, und wenigſtens des scindere actiones nach juſtinianiſchem Rechte wären beſonders fühlbar geworden ſeit c. 13 C. de her. inst., wonach die Reſtitution bereits von vornherein geſchehen war. Allein in der That war nach älterem wie neuem Rechte allem dem auszuweichen, indem der Beſchränkte mit Vermeidung eines eigentlichen Quartabzuges auf die in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb.

---

[4]) arg. c. 24 C. fam. erc. verb.: „hereditaria parte praedii in quartae ratione relicta.“ Was bei dem heres ex re certa als Univerſalerben hinſichtlich der ganzen res certa gilt (Seite 108), gilt hier rückſichtlich des in ſeiner pars gelegenen Theiles der res (S. 437).

[5]) arg. c. 24 C. fam. erc. verb.: „compensato praelerca, quod a coheredibus vice mutua percepit.“ Liegt der Ausnahmsfall vor, daß der Beſchränkte ſeine pars nicht an die Unbeſchränkten, ſondern an einen Nichterben zu reſtituiren hat, ſo tritt Compenſation nur rückſichtlich des in der zu reſtituirenden pars liegenden Theils der res ein, nicht auch rückſichtlich der aus den partes der Unbeſchränkten kommenden Theile, für dieſe wären vielmehr hier anwendbar die Worte der c. 24 C. cit.: „quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens.“

[6]) arg. c. 24 C. verb.: „et si quid deest, in supplementum deducto.“

enthaltene sententia Juliani provociren, und ſich ſo das Vermächtniß der res certa bis zum Belaufe der Quart ex voluntate testatoris ergänzen konnte, wonach denn ſeine ganze pars ex Scto Treb. reſtituirt war, und er im Effekte legatarii loco blieb. Für die Anwendbarkeit jener sententia Juliani ſprechen nämlich hier ganz dieſelben Gründe, wie die bereits in dem erſten Abſchnitte (S. 113 ff.) angegebenen.

b) Wie wir nun aber für das Recht der Compilation dem Beſchränkten aus denſelben Gründen, wie da, wo er als einziger Erbe die hereditas an einen Nichterben zu reſtituiren hat, ein Recht auf ein freies Viertel ſeiner pars zugeſprochen haben, ſo müſſen wir ihm nunmehr ſeit Nov. 1 cap. 2 §. 2 dieſes Recht ex voluntate testatoris [7]) abſprechen, und zwar dieß wieder aus eben den Geſichtspunkten, welche uns auch in jenen Fällen des erſten Abſchnittes (Seite 116—120) zu derſelben Behauptung beſtimmt haben. — Nach neueſtem Rechte alſo kann ſich der ex re Inſtituirte [8]) auch neben gehörig Eingeſetzten wohl noch wegen Pflichttheilsverletzung, aber nicht mehr wegen Verletzung ſeiner Quart beſchweren.

---

[7]) Man wird keinen Widerſpruch darin finden, daß der Beſchränkte ſeit Nov. 1 cit. dem Willen des Erblaſſers gemäß kein Quartrecht mehr habe, während vorhin bemerkt wurde, eben der Wille des Erblaſſers habe ihm im Rechte der Compilation geſtattet, ſich die res jener sententia Juliani zufolge nöthigenfalls bis zu ¼ ſeiner pars zu ergänzen. Der höchſte Wille des Erblaſſers iſt: der Beſchränkte ſoll nur die res bekommen, auch wenn er dadurch die Quart nicht frei hat; realiſirbar iſt dieſer Wille erſt ſeit Nov. 1 cit. auf die Annahme eines von jetzt an geſtatteten Verbots des Quartabzugs; nach dem Rechte der Compilation durfte ſich der Beſchränkte ſelbſt wider Willen des Erblaſſers die Quart frei machen, da war es denn immer dem Willen des Erblaſſers gemäßer, die Ergänzung der Quart nach den Geſichtspunkten der sententia Juliani herbeizuführen, als nach den Grundſätzen eines, die ganze Sachlage verändernden, wirklichen Quartabzugs.

[8]) Bezüglich des excepta certa re Inſtituirten gilt übrigens auch hier das oben (Seite 120) Bemerkte.

Daran reihen wir eine andere, allerdings nicht die sog. Trebellianische Quart, sondern die Falcidia in Bezug auf Singular-Vermächtnisse betreffende Frage. Gesetzt, es sind noch anderweite Legate vorhanden, welche pro rata auch auf der restituirten pars des Beschränkten lasten, und zwar dieß soweit, daß sie ¾ des Werths dieser pars übersteigen: steht hier nicht wenigstens den Unbeschränkten gegen diese Legatare die Falcidia soweit zu, als sie den Beschränkten zustehen würde, wenn er seine pars nicht zu restituiren hätte? Diese Frage bejahen wir aus den dafür schon oben (Seite 420 Note 5) angeführten Gründen; im Genaueren aber ist hier Voraussetzung und Wirkung dieses Quartabzugs anzugeben. Da das Recht auf die Quart der restituirten pars den gehörig Eingesetzten als Fideikommissaren nur ex persona heredis ex re certa instituti zusteht, so können sie dieselbe lediglich jenen anderweiten Legaten abziehen, nicht auch der res certa, soweit dieselbe auf der restituirten pars lastet, es greift m. a. W. die Falcidia nur dann Platz, wenn jene anderweiten Legate schon für sich allein mehr als ¾ dieser pars beschweren. Eben weil die gehörig Eingesetzten die res certa, soweit dieselbe aus der restituirten pars zu prästiren ist, in ihrem eignen Interesse nicht kürzen dürfen, wird ferner erfordert, daß zugleich die res certa weniger als ¼ dieser Portion belastet; denn belastet sie gerade ¼, so kürzen sich zwar allerdings jene Legate ebenfalls auf ¾ der Portion, allein dieß im Interesse der Prästation der res certa, und belastet sie mehr als ¼, dann kürzt einerseits sie selbst sich auf ¼ im Interesse jener Legate, andrerseits kürzen sich jene Legate auf ¾ der Portion im Interesse der res certa (s. oben Seite 459 Nummer D, 1). — Daraus erhellt denn, daß die gehörig Eingesetzten durch den Quartabzug doch kein volles Viertel ihrer fideikommissarischen Portion behalten, indem von diesem Viertel immer noch die res certa, soweit sie aus dieser Portion zu leisten ist, abgeht; sie dürfen sich mithin jenen Legaten gegenüber die restituirte pars nur

soweit frei halten, als der heres ex re certa institutus, wenn er seine pars behielte, die ihm daraus zugewendete res sich bis zu ¼ des Werths dieser pars erhöhen könnte. — Gesetzt z. B. die restituirte Portion beträgt 200, und es haften darauf von der res certa 40, von andren Legaten 160; hier zahlen die gehörig Eingesetzten die 40 voll aus, den 160 aber ziehen sie 10 für sich ab. Lastet dagegen auf der Portion von 200 die res certa mit 60, die anderweiten Legate mit 160, so würden die 60 auf 50, die 160 auf 150 gekürzt, und die gehörig Eingesetzten behielten von dem Werthe ihrer fideikommissarischen Portion überhaupt nichts für sich übrig.

3) Sollte endlich bei testamentarischer Beerbung eines Ascendenten durch seine Descendenten einer der letzteren unbeschränkt eingesetzt und collationspflichtig sein, so participirt an dem conferendum auch der daneben ex re certa institutirte Descendent, d. h. soferne er nach den sonstigen Voraussetzungen in concreto als collationsberechtigt erscheint, schließt ihn der bloße Umstand, daß er auf eine res certa beschränkt und im Effekte nur legatarii loco ist, keineswegs von den Vortheilen der Collation aus; dieß aus den bereits früher (Seite 461 Nummer E) ausgeführten Gründen; was dort seine Collationspflicht rechtfertigte, spricht hier in gleicher Art für ein Collationsrecht. Auch der Theilungsmaaßstab ist hier ganz der oben angegebene.

Hiermit schließen wir die Erörterungen über die Einzelngestaltung der neben gehörigen Einsetzungen angeordneten institutio ex re certa. Sie haben gezeigt, daß sich die von uns aufgestellte grundsätzliche Behandlung dieses Rechtsverhältnisses als eine auch im Detail allerwärts harmonisch durchführbare erprobt.

§. 26.

Rückblick auf den ersten Abschnitt. Uebersichtliche Rekapitulation der Resultate. Stellung der institutio ex re certa in dem Systeme des Römischen Erbrechts.

Die Darstellung der Art und Weise, wie das Römische Recht die institutiones ex re certa in den Testamenten der pagani, also nach jus commune, gestaltet, erscheint nunmehr als beendigt. Ueberblicken wir das Ganze, so ergeben sich folgende Schlußbetrachtungen.

I. Sosehr diese Einsetzungen gegen die juristische Bedeutung der heredis institutio verstoßen, geschieht ihre Aufrechterhaltung doch unter allseitiger Wahrung der Principien des Römischen Erbrechts; selbst von c. 13 C. de her. inst. dürfen wir dieß sagen, denn Justinian erfrüht hier nur einen an sich völlig normal construirten Effekt. Eben so steht die Behandlung der einzelnen Fälle dieser Anordnungen unter einander in genauem Zusammenhange, überall wird — aber freilich in ganz anderer Art, als Donellus[1]) will — die Construktion von einem und demselben Gesichtspunkte beherrscht, Verschiedenheiten entstehen eben nur darum, weil die Fälle verschieden sind, welche aus dem gemeinsamen Gesichtspunkte ihre Gestaltung zu empfangen haben. — Eine kurzgefaßte Rekapitulation der von uns gewonnenen grundsätzlichen Resultate soll die Wahrheit dieser

---

[1]) S. oben S. 319 ff.

Bemerkungen zu einer nochmaligen, übersichtlichen Anschauung bringen.

Die römische Auffassung gibt dem heres eine noch über das Vermögen hinausragende Bedeutung, darin bestehend, daß er das Andenken des Verstorbenen mit den durch Sitte und Religion geheiligten Beziehungen trägt; um dieser Bedeutung willen war der Begriff des heres bei den Römern etwas besonders Hochgestelltes und allgemein Gekanntes (Seite 28—33). Seine vornehmste weltliche und materielle Seite freilich ist die Beziehung zu dem Vermögen, und vorzugsweise in dieser Rücksicht hat das Recht mit der Beerbung zu thun[2]). Das Vermögen anlangend, succedirt nun der heres dem Rechte nach weder in die einzelnen res hereditariae, noch in deren Aggregat, sondern in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen; erst hierdurch vermittelt gehen auch die (eben durch Annahme der Fortdauer dieser Persönlichkeit conservirten) bona defuncti auf ihn über. Die vornehmlich rechtliche Bedeutung des heres geht sonach dahin: er ist der vermögensrechtliche Repräsentant des Verstorbenen, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers bildet den juristischen Gegenstand der Beerbung überhaupt, wie der Erbeseinsetzung insbesondere.

Gerade darum aber, weil die römische Anschauung dem heres eine noch über dem Vermögen erhabene Bedeutung beilegt, konnte es leicht vorkommen, daß rechtsunkundige Testatoren, indem sie vorzugsweise diese Bedeutung kannten und im Auge hatten, bei Ernennung eines heres einen Verstoß gegen die juristische Bestimmung desselben hinsichtlich der an ihn gemachten Vermögenszuwendungen begingen; und so kam es denn namentlich vor, daß Testatoren, den juristischen Gegenstand der Beerbung verkennend, den Erben statt auf das jus, direkt auf

---

[2]) s. oben §. 1 und 2.

bestimmte Vermögensobjekte instituirten, m. a. W. eine heredis institutio ex re certa vornahmen. Dem Rechte nach, das nun urtheilen wird, hat sich der Erblasser hier, wie bei sonstigen vitiosen Einsetzungen, strenge genommen überhaupt keinen gültigen heres ernannt, und sicherlich blieb die institutio ex re certa, als sie allmählich zum Vorscheine kam, anfangs als eine ungültige Verfügung ganz und gar unbeachtet. Bald aber wurde sie aufrecht erhalten.

1) Einen heres hatte der Testator unzweifelhaft gemeint, dieserhalb und um der dem Römischen Leben eigenthümlichen, hochgestellten Bedeutung des heres willen mußte die Verfügung vor allem anderen als wirkliche Erbeseinsetzung aufrecht erhalten werden[3]). Gesetzt, es wäre construirbar, dem ex re Instituirten die res, und nur die res zuzuwenden, ohne ihn dabei als Erben anzuerkennen, man hätte es nicht gethan, es wäre der voluntas, sowie der ganzen römischen Anschauungsweise entgegen gewesen, mit bloß materiellem Vortheile da abzufinden, wo zugleich hohe Ehre gemeint war.

Sobald man aber einmal darüber einig war, daß der ex re Instituirte als Erbe anerkannt werden solle, verstand es sich in der That von selbst, wie er als Erbe aufrecht zu erhalten sei; als Erben auf die res certa durfte man ihn nirgends und in keinem Falle anerkennen, es mußte der juristischen Bedeutung des heres als eines successor in universum jus defuncti Raum gegeben, folglich der hiermit unverträgliche Zusatz der rei mentio (was auch nunmehr aus der von dem Testator gewollten Beschränkung auf die res werde) als der Einsetzung nicht beigefügt angesehen werden[4]), wie denn in derselben Weise auch andere, der Bestimmung des Erben widersprechende

---

[3]) s. oben S. 33 ff. 130. 344 ff.
[4]) s. oben S. 35 ff. 130. 253 ff.

Zusätze (z. B. die vitia temporis) der Einsetzung detrahirt wurden.

Diese Aufrechterhaltung der Erbeseinsetzung detracta rei mentione geschah durch Juristenrecht, mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus[5]), und zwar gleichmäßig für alle drei, von uns in verschiedene Abschnitte getrennte Fälle der institutio ex re certa, mochte der einzige Erbe, oder mochten sämmtliche Miterben, oder einer, oder einige derselben auf res certae instituirt sein; mochte ferner in allen diesen Fällen die Einsetzung direkt auf eine res certa, oder excepta certa re geschehen sein.

Gerufen erscheint nunmehr der ex re Instituirte, falls er der einzige Erbe ist, als heres ex asse auf das Ganze, falls er Miterben hat, auf eine pars hereditaria, und zwar (soferne nicht die rei mentio nach der Absicht des Erblassers als demonstratio certae partis hereditariae in Betracht kommt) als coheres sine parte scriptus.

2) Nun wäre, wenn man auf möglichst vollständige Verwirklichung der voluntas testatoris sieht, das Ideal der Aufrechterhaltung dieser Erbeseinsetzungen allerdings in Erstrebung des Resultats zu setzen: der heres ex re certa institutus sei Erbe, bekomme aber nur die res certa, d. h. obwohl er nicht Erbe auf die res sein kann, werde er auf dieselbe doch wenigstens in dem endlichen Effekte des Bekommens beschränkt. Allein dieses letztere, die Realisirung auch der Beschränkung auf die res certa, war

a) zu der Zeit, in welcher man sich für Aufrechterhaltung der Erbenqualität unseres Instituirten entschied, in der That juristisch unausführbar. Abgesehen nämlich davon, daß keineswegs immer erhellt, mit Rücksicht auf wen der Testator den Eingesetzten auf die res certa beschränkt wissen will — was dann für alle Zeit

---

[5]) Seite 41. 59. 140. 384.

natürliches Hinderniß an Realiſirung der Beſchränkung bleiben muß, — iſt es nach den Principien des römiſchen Erbrechts ein durchgehender Grundſatz, daß der Wille des Erblaſſers, es ſolle Jemand (Erbe oder Nichterbe) aus der Erbſchaft oder aus Erbſchaftsmitteln ein beſtimmtes Vermögensobjekt erhalten, ſich immer nur auf dem Wege der Vermächtnißtheorie realiſiren läßt; dieſe war aber damals noch ſo ſtarr, daß man ein Vermächtniß nur da annehmen konnte, wo der Erblaſſer ſelbſt, in formell gültiger Weiſe, ein ſolches (anfangs Legat, ſpäter auch Fideikommiß) angeordnet hatte [6]). So lange dieß der Fall war, blieb bei unſeren Einſetzungen die rei mentio für das Bekommen wie für das Gerufenſein detrahirt, der einzige Eingeſetzte bekam und behielt das Ganze, der ex re certa instituirte Miterbe erhielt in dem judicium fam. erc. die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria wirklich verwerthet [7]). — Darin eben zeigte ſich, wie untergeordnet die Rückſicht auf die rei mentio erachtet wurde im Vergleiche zu der von dem Teſtator gewollten heredis institutio.

b) Im ſpäteren Rechte erhielt aber die Vermächtnißtheorie überhaupt eine weichere, für Realiſirung gar mancher letzten Willensmeinung günſtigere Geſtaltung. Auf der Baſis der erſtarkten Fideikommißtheorie kam der ganz allgemeine Satz auf: die von dem Erblaſſer einer Zuwendung ohne ausdrückliche Vermächtnißworte beigefügte Beſchränkung in Zeit oder Objekt wird, ſoferne nur erhellt, zu weſſen Gunſten ſie beabſichtigt iſt, und ſie nicht ſonſtwie den Beſtimmungen des jus publicum widerſtreitet, aufrecht erhalten durch Annahme eines, nöthigenfalls ſogar mehrerer von dem Erblaſſer zur Realiſirung des von ihm gewollten Effektes ſtillſchweigends angeordneter Fideikommiſſe [8]). Dieſer

---

[6]) Seite 63 ff.
[7]) Seite 63 ff. 155. 384.
[8]) Seite 96 ff. 371.

Satz wurde durch das Juriſtenrecht der klaſſiſchen Zeit auch auf die institutiones ex re certa angewendet, um dieſelben im Intereſſe der voluntas testatoris jenem Ideale ihrer rechtlichen Behandlung näher zu führen. Wenn und ſoweit alſo erſichtlich iſt, mit Rückſicht auf wen der Teſtator den ex re Inſtituirten auf die res beſchränken will, bleibt ſeitdem die rei mentio für das Bekommen beachtet, neben der detracta re aufrechterhaltenen Erbenqualität wird auf dem Wege ſtillſchweigender Fideikommiſſe auch die Beſchränkung auf die res certa, bald in mehr, bald in minder vollſtändiger Weiſe, realiſirt. Hierfür kommt es aber weſentlich auf die verſchiedenen Fälle der institutio ex re certa an.

Iſt der einzige Erbe ex re inſtituirt, ſo läßt ſich aus dieſer Verfügung an ſich noch nicht erſehen, zu weſſen Gunſten ſeine Beſchränkung gelten ſoll, er bekommt und behält mithin hier immer noch das ganze Vermögen *). Erhellt dagegen aus einer beſondern Willenserklärung des Erblaſſers, zu weſſen Dritten Gunſten der Eingeſetzte beſchränkt ſein ſoll, dann realiſirt ſich die Beſchränkung, und zwar in vollſtändiger Weiſe: iſt der Erbe direkt auf eine res certa inſtituirt, dann geſtaltet ſich das Verhältniß ſo, als habe ihn der Teſtator gehörig eingeſetzt, der Einſetzung aber die doppelten verba fideicommissaria inſerirt: restituas hereditatem contentus certa re, der Inſtituirte hat alſo die ihm detracta re geſchaffene hereditas als ſtillſchweigendes Univerſal-Fideikommiß an jenen Dritten zu reſtituiren, während er die res certa als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß aus der reſtituirten Erbſchaft zurückerhält, und dadurch, obwohl Erbe bleibend, rückſichtlich der Vermögensbeziehungen wie ein bloßer Vermächtnißnehmer (legatarii loco) aus dem ganzen Verhältniſſe hervortritt; iſt er excepta certa re in-

*) Seite 73.

ſtituirt, ſo behält er die hereditas, und gibt nur die res excepta als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß an jenen Dritten heraus [10]).

Hat der Teſtator *mehrere* Erben inſtituirt, dann bietet ſchon die Mehrheit dieſer Einſetzungen an ſich einen Anhaltspunkt dar, um auch das Bekommen im Sinne des Erblaſſers zu regeln, weil hier die Erben gegenſeitig an einander herausgeben können. Ob ſich aber dabei die Beſchränkung auf die res in wirklich vollſtändiger Weiſe realiſiren läßt, dieß hängt von der Verſchiedenheit der nun weiter möglichen Fälle ab.

Sind *ſämmtliche* Erben ex re certa inſtituirt, dann erhält ein Jeder die ihm zugewendete res als ſtillſchweigendes Präſideikommiß [11]), daneben aber bleiben ſie, bei der gleichen Lage Aller, fortwährend auch praktiſch Erben auf die ihnen detracta re geſchaffenen partes hereditariae, nach dieſen Raten haben ſie Antheil namentlich an den Erbſchaftsſchulden und an dem durch Vertheilung der res certae etwa nicht erſchöpften Aktiv-Nachlaſſe [12]); es tritt ein ähnliches Verhältniß ein, wie wenn der Teſtator mit *gehöriger* Einſetzung ſämmtlicher Erben eine *divisio bonorum* unter denſelben verbunden hätte [13]). — Durch die Mehrheit dieſer Einſetzungen an ſich wird demnach eine *vollſtändige* Beſchränkung auf die res certae nur dann bewirkt, wenn letztere zufällig zugleich den geſammten Nachlaß erſchöpfen; andernfalls würde zur juriſtiſchen Möglichkeit totaler Beſchränkung erforderlich ſein, daß aus einer noch anderen Willensmeinung des Erblaſſers ein Dritter erhellt, an welchen das Unvertheilte fallen ſoll, wo dann [14]) dieſelben Grundſätze zur

---

[10]) Seite 93 ff.
[11]) Seite 143, Nummer I.
[12]) Seite 156, Nummer II.
[13]) §. 11, insbeſondere Seite 193 ff.
[14]) Seite 165. 166.

Anwendung kämen, wie da, wo der einzige Eingeſetzte zu Gunſten eines Dritten auf die res certa beſchränkt iſt.

Wenn dagegen der Teſtator nur einen oder den andern Erben auf eine res certa, die Uebrigen aber gehörig inſtituirt hat, ſo läßt die Mehrheit dieſer Einſetzungen ſchon an ſich eine vollſtändige Beſchränkung des erſteren zu, und zwar dieß wiederum nach denjenigen Geſichtspunkten, durch welche ſich die Beſchränkung des ex re Inſtituirten als einzigen Erben zu Gunſten eines Nichterben realiſirt. Iſt alſo ein Miterbe direkt auf eine res certa inſtituirt, ſo geſtaltet ſich das Verhältniß in der Weiſe, als ſei er gehörig, aber unter der fideikommiſſariſchen Auflage eingeſetzt: restituas portionem hereditariam coheredibus contentus certa re, er reſtituirt demnach die ihm detracta re geſchaffene pars hereditaria als ſtillſchweigendes Univerſal-Fideikommiß an die gehörig Eingeſetzten, und erhält die res certa als ſtillſchweigendes Singular-Vermächtniß, wird daher im Effekte des Bekommens legatarii loco[15]), während er, wenn er excepta certa re inſtituirt ſein ſollte, ſeine pars behält, und nur den darin enthaltenen Theil der res excepta als ſtillſchweigendes Singular-Fideikommiß an die gehörig Eingeſetzten reſtituirt[16]). Indeſſen kann aus einer noch beſonders vorliegenden Willenserklärung erhellen, daß er zu Gunſten eines Nichterben beſchränkt ſein ſolle, wo dann rückſichtlich ſeiner pars zwiſchen ihm und dem Nichterben ganz daſſelbe Verhältniß, wie ſonſt zwiſchen ihm und den gehörig Eingeſetzten eintritt[17]). — Für den gewöhnlichen Fall, daß ein Miterbe direkt auf eine res inſtituirt iſt, und das übrige Vermögen an die neben ihm gehörig Eingeſetzten fallen ſoll, hat nun Juſtinian in c. 13 C. de her. inst. den endlichen Effekt jener Geſtaltung dahin erfrüht, daß die pars

[15]) Seite 367 ff.
[16]) Seite 382, Nummer 2.
[17]) Seite 382, Nummer 1.

des Beschränkten als schon von vornherein kraft Gesetzes auf die partes der Unbeschränkten fideikommissarisch übertragen gilt [18]).

Endlich aber durften wir für alle Fälle, in welchen nach dem Bisherigen die Beschränkung auf die res certa mehr oder weniger aufrecht erhalten wird, zu ihrer noch genaueren Realisirung im Interesse der voluntas testatoris die Behauptung aufstellen, daß der ex re Instituirte (wenigstens soferne er nicht excepta re eingesetzt ist), sich seit Nov. 1, cap. 2, §. 2 die Quart der ihm detracta re geschaffenen hereditas oder pars hereditaria vorkommenden Falls nicht mehr abziehen darf [19]).

II. Auch die Stellung der institutio ex re certa in dem Systeme des römischen Erbrechts ergibt sich nunmehr einfach.

Als eine ungehörige Verfügung kann sie sich keine selbstständige Stelle in dem Systeme vindiciren, sie muß in die rechte Beziehung zu dem durch sie verletzten Gehörigen gebracht werden; ungehörig erscheint sie aber dem Gegenstande nach, sie ist daher bei dem Gegenstande der Erbeseinsetzung abzuhandeln. — Die Erfordernisse zur gültigen Errichtung eines Testaments sind bekanntlich drei: Fähigkeit des Testators, gehörige Form, gehöriger Inhalt; den wesentlichen Inhalt des Testaments bildet die Erbeseinsetzung. Gleich an die Spitze der Grundsätze über Erbeseinsetzung gehört der Gegenstand derselben, denn aus ihm, in welchem sich testamentarisch der Gegenstand der Beerbung überhaupt, und somit das ganze Wesen des Römischen Erbrechts spiegelt, erklärt sich eine Reihe weiterer, die Einsetzung betreffender Sätze. Nachdem man den Gegenstand der Erbeseinsetzung zunächst seiner wahren Bedeutung nach, als Berufung zur Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers, bezeichnet und erläutert hat, wäre hervorzuheben, wie

---

[18]) §. 21, insbesondere Seite 404 ff.
[19]) Seite 119. 241 ff. 470 ff.

derſelbe, als publici juris, von dem Teſtator nicht geändert werden kann, nicht quantitativ durch Teſtiren bloß pro parte, nicht qualitativ durch Einſetzung direkt auf bona, und hier wäre dann die institutio ex re certa zu beſprechen.

Betrachten wir dagegen die Darſtellungen des Römiſchen Erbrechts, ſo zeigt ſich bei Erörterung der Lehre von der Erbeseinſetzung dem Gegenſtande derſelben überhaupt nicht diejenige Aufmerkſamkeit zugewendet, welche dieſem ſchon an ſich hochwichtigen Punkte um ſo mehr gebührt, als derſelbe unſrer heutigen, unwillkürlich mehr das Materielle des Beerbens vor Augen habenden, Anſchauung gegenüber gerade recht bemerklich gemacht werden muß, um nicht überſehen, oder nachläſſig, ohne Erkenntniß ſeiner folgenreichen Tragweite, hingenommen zu werden. So finden wir denn auch die institutio ex re certa häufig nur gelegentlich mitten unter allgemeine Bemerkungen über Erbeseinſetzung geſtellt.

Insbeſondere aber iſt es gebräuchlich geworden, die institutio ex re certa da mit zu erwähnen, wo erörtert wird, was die Teſtamentserben erhalten werden („von Erbtheilen", „von Einſetzung eines oder mehrerer Erben", „von Vertheilung der Erbſchaft unter die Erben" u. ſ. w.), wobei dann die auf partes und die auf res certae Inſtituirten durch- und nebeneinander vorkommen. Ein ſolches Verfahren erſcheint ganz beſonders geeignet, die richtige Anſchauung zu trüben, indem dabei das Wort „Erbſchaft" in ſo vager Bedeutung gebraucht wird, daß man genöthigt iſt, ſich darunter bald (bei gehörig Eingeſetzten) den Rechtsbegriff der hereditas, bald (bei ex re certa Inſtituirten) das Aggregat der bona defuncti zu denken, was dann namentlich bei Ueberſchwerung der Erbſchaft durch partes oder durch res eine ſtörende Miſchung hervorbringt; wie verſchieden an Farbe und Bedeutung Unzien-Ueberſchwerung der hereditas von Ueberſchwerung der bona defuncti durch res certae

ist, haben wir bereits früher[20]) am geeigneten Orte auseinandergesetzt.

Will man einmal gerade bei der testamentarischen Erbfolge die Vertheilung der Erbschaft unter mehrere Erben darstellen, so sollte man billig vor Allem das Gerufensein von dem Bekommen scheiden. Besser thut man indessen unserer Ansicht nach, jene Vertheilung erst bei dem Erwerbe der Erbschaft genauer zu erörtern, und zwar bei den rechtlichen Verhältnissen der Miterben, mögen diese dann testamentarische oder gesetzliche Erben sein; etwa nach folgender Skizze.

Gerufen sind die Miterben zunächst auf partes hereditariae (deren Größe und Verhältniß sich aus der Lehre von der gesetzlichen und, dieß namentlich auch für die ex re certa Instituirten, testamentarischen Delation ergibt); nach diesen Raten erwerben sie vorerst an jeder einzelnen res hereditaria die entsprechenden reellen, beziehungsweise intellektuellen Theile. Den Effekt des Bekommens anlangend, erhalten sie, soferne keine weitere deßfallsige Bestimmung des Erblassers vorliegt, durch nunmehr folgende gerichtliche oder außergerichtliche Erbtheilung die Größe ihrer partes reell verwerthet. Allein der Erblasser selbst kann (für Testamentserben im Testamente oder testamentarischen Codicille, für Intestaterben in einem Intestat-Codicille) bestimmen, was einer, mehrere, oder alle Erben bekommen sollen, ganz unabhängig von dem Werthe ihrer partes. Ueberall hierbei bewegt sich der Erblasser, bewußt oder unbewußt, auf dem Boden der Vermächtnißtheorie, indem seine Anordnungen, wenn sie nicht schon in ausdrückliche Vermächtnißform gekleidet sind, nach Gültigkeit und Realisirung aus dem Gesichtspunkte stillschweigender Fideikommisse beurtheilt werden. In dem einen wie in dem andern Falle sind es bald Universal-, bald Singular-

[20]) Seite 282.

Vermächtniſſe (letztere wieder entweder ſimple Vermächtniſſe oder Vorvermächtniſſe), bald Verbindung eines Univerſalvermächtniſſes mit einem Singular-Vermächtniſſe. Nach den Grundſätzen über ſtillſchweigende Fideikommiſſe der einen oder andern Art beurtheilt es ſich denn namentlich, wenn der Erblaſſer mit ſimplen Theilungsworten eine divisio bonorum angeordnet, oder einem, mehreren, oder allen Erben aufgegeben hat, contentus certa re zu ſein, oder endlich, wenn res certae geradezu der Einſetzung ſelbſt inſerirt ſind.

Zweites Kapitel.

Die institutio ex re certa in dem Teſtamente eines miles.

§. 27.

Einleitung. Der allgemeine Geſichtspunkt.

Zum großen Theile ganz anders als in den Teſtamenten der pagani geſtalten ſich die von einem miles angeordneten institutiones ex re certa, indem deſſen letztwillige Verfügungen überhaupt in ſehr ausgedehnter Weiſe von den Grundſätzen des jus commune abweichen dürfen.

Bekanntlich iſt es ſeit Trajan Regel geworden, daß die Kaiſer ihre Mandate an die Statthalter mit einem beſonderen caput verſahen, worin den Soldaten verſtattet wurde, zu teſtiren wie ſie wollen und können[1]; ſie ſind nicht an die observantia legum gebunden, ihre sola voluntas entſcheidet, ſoferne nur gewiß und erweislich iſt, daß ſie durch ihre Erklärung wirklich teſtiren wollten[2]. „Faciant igitur“ heißt es in dem von Ulpian in fr. 1 pr. D. de test. mil. mitgetheilten caput jener Mandate, „testamenta, quo modo velint, faciant, quo modo

[1]) Ulp. Fragm. XXIII, 10. fr. 1 pr. fr. 24 D. de test. mil. (29. 1). ſ. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XLII, S. 26 ff.

[2]) §. 1 J. de milit. test. (2. 11). fr. 24 D. de test. mil. (29. 1). ſ. über dieſe Stellen Mühlenbruch a. a. O. S. 27 ff.

poterint, sufficialque ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas“ [3]).

Die Folgen dieſer außerordentlichen Conceſſion zeigen ſich in Form und in Inhalt der Soldatenteſtamente. Uns intereſſirt hier lediglich der privilegirte Teſtamentsinhalt, insbeſondere die Art und Weiſe, wie der Soldat bei Vornahme von Erbeseinſetzungen ſeinen Nachlaß behandeln darf [4]). In dieſer Beziehung beſteht nun die oben (§. 1. 2) ihrem Gehalte nach näher erörterte civiliſtiſche Auffaſſung deſſelben als eines einzigen, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers darſtellenden Begriffsganzen für den Soldaten überhaupt nicht mit Rechtsnothwendigkeit, er darf ſeinen Nachlaß eben auffaſſen, wie er will.

Demgemäß braucht er vorerſt die hereditas nicht als eine von der Zeit unabhängige vermögensrechtliche Unſterblichkeit [5]) zu beachten, er darf ſeine demnächſtige Repräſentation in Zeitabſchnitte zerſtückeln, durch Erbeseinſetzung ex die, ad diem, oder in conditionem [6]). Bei Einſetzung ex die beerben ihn dann zunächſt ſeine Inteſtaterben als ſolche [7]), hören aber mit Eintritt des dies wieder auf, Erben zu ſein, indem jetzt der Eingeſetzte, ſie ablöſend, als weiterer direkter Erbe eintritt. Umgekehrt tritt bei Einſetzung ad diem oder in conditionem zunächſt der Inſtituirte ein, verliert aber mit Eintritt des dies oder der conditio ſeine Erbeneigenſchaft, es wird nunmehr Inteſtat-Erbfolge

---

[3]) ſ. z. B. auch fr. 34 fin. D. de test. mil., c. 1 fin. C. eod. (6. 21.)

[4]) Im Uebrigen vergl. beſ. Mühlenbruch a. a. O. S. 59 ff. — Wer rechtlich als Soldat zu betrachten iſt, und unter welchen Umſtänden auch ein Nichtſoldat jure militari teſtiren darf, wird als bekannt vorausgeſetzt, ſ. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 32—58.

[5]) ſ. oben Seite 4 Note 8, Seite 11 Note 5.

[6]) fr. 15 §. 4, fr. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1) c. 8 C. eod. (6. 21).

[7]) fr. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1) verb. : „et quia diximus“.

eröffnet[8]), ſoferne nicht etwa ein Subſtitut vorhanden iſt, denn der Soldat kann, eben weil er nach dem Geſagten auch an die Regel „non potest effici, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse“[9]) nicht gebunden iſt, dem von ihm ernannten heres primi gradus ſelbſt für den Fall, daß dieſer wirklich Erbe wird, von beliebiger Zeit an einen heres secundi (dieſem einen heres tertii u. ſ. w.) gradus ſubſtituiren[10]), welcher dann ebenfalls wahrer Erbe wird[11]).

Ferner iſt es dem Soldaten geſtattet, den Gegenſtand der Beerbung anders, als es das jus commune will, aufzufaſſen, er darf denſelben quantitativ wie qualitativ verrücken.

Quantitativ, indem er ſelbſt dann, wenn er über das juris nomen der hereditas verfügt, den Teſtirakt doch nicht als Verfügung über das Ganze anzuſehen braucht, er darf rechtsbeſtändig über Theile des jus teſtiren, wonach denn bei ſeiner Beerbung eine Conkurrenz mehrerer Erben auch in der Art ſtatthaft erſcheint, daß dieſelbe aus verſchiedenen Berufungsgründen

---

[8]) fr. 41 pr. D. cit. verb. : „sed si ita scripserit“.

[9]) fr. 88 fin. D. de her. inst. (28. 5).

[10]) fr. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1) verb. : „miles ita heredem“. c. 6 C. eod. (6. 21.)

[11]) Nach dem Vorgange von Dernburg (Beiträge zur Geſchichte der röm. Teſtamente S. 307—311) nimmt Mühlenbruch (a. a. O. S. 103 ff.) zur Vermeidung ſonſt eintretender Inconvenienzen (z. B. wegen Erbſchaftsſchulden, Diſpoſition des Vorerben über den Nachlaß u. ſ. w.) an, daß der ex die von dem Soldaten ernannte Erbe, und bei Einſetzung ad diem oder in conditionem der Inteſtaterbe, wie auch der etwaige Subſtitut als bloßer fideikommiſſariſcher Erbe gelte. Allein abgeſehen davon, daß die Quellen dieß nirgends auch nur andeuten, vielmehr dieſe Nacherben immer als wahre direkte Erben vorausſetzen, entbehrt dieſe Auffaſſung der eigentlich römiſchen Anſchauung : heredes müſſen auch dieſe Nacherben werden, ſonſt würde dem Soldaten gerade das Werthvollſte ſeiner Succeſſion entzogen. Dieß iſt die entſcheidende römiſche Antwort auf Mühlenbruch's Frage : „und warum will man denn nicht lieber geradezu den eintretenden Erben als Fideikommiß-Erben gelten laſſen?“

hervorgeht, und daher einerſeits „miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ [12]), andrerſeits „militi licet, plura testamenta facere“ [13]). Hat alſo der Soldat nur über einen Theil der hereditas teſtirt, und es erhellt nicht aus beſondern Umſtänden, daß er damit doch über das Ganze verfügen wollte [14]), ſo wird er von dem Eingeſetzten in der That nur zu dem angegebenen Theile beerbt, während zu den übrigen Theilen das Geſetz ſeine Inteſtaterben als ſolche ruft, und hat er mehrmals teſtirt, ſo wird das frühere Teſtament durch das ſpätere nur dann aufgehoben, wenn dieß des Soldaten Wille iſt [15]), indem andernfalls beide Teſtamente als wahre Teſtamente [16]) neben einander beſtehen.

---

[12]) §. 5 J. de her. inst. (2. 14). fr. 6, fr. 19 pr. fr. 37 D. de test. mil. (29. 1). fr. 19 §. 2 D. de pec. castr. (49. 17). S. auch ſchon die Faſſung der Regel des jus commune in fr. 7 D. de reg. jur. (50. 17): jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse.

[13]) fr. 19 pr. D. de test. mil. (29. 1).

[14]) So in dem Falle der c. 3 C. de test. mil. (6. 21); hier hatte der Soldat ſeine nächſten Angehörigen eingeſetzt, ſeine Tochter ex duabus unciis, ſeine Frau ex uncia; es war indeſſen anzunehmen, daß er dieſen ſeinen nächſten Angehörigen den ganzen Nachlaß habe zuwenden, und durch die Benennung der Unzien nur die Verhältnißzahl habe ausdrücken wollen, daher denn die Tochter als auf $^2/_3$, die Frau als auf $^1/_3$ eingeſetzt galt.

[15]) Ausdrücklich anzugeben braucht der Soldat dieſen ſeinen Willen ſicherlich nur dann, wenn er in dem früheren wie in dem ſpäteren Teſtamente ſchlechthin über das Ganze verfügt hat, offenbar einen ſolchen Fall ſetzt Ulpian voraus, wenn er in fr. 19 pr. D. de test. mil. das frühere Teſtament nur dann fortbeſtehen läßt, si hoc specialiter (miles) expresserit; dagegen bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung, wenn entweder in beiden Teſtamenten oder in einem derſelben nur über beſondere Quoten oder Sachen verfügt iſt, ſ. auch fr. 36 §. 1 D. de test. mil. und Mühlenbruch a. a. O. S. 95.

[16]) Will der Soldat das frühere Teſtament nur fideikommiſſariſch aufrechterhalten wiſſen, dann beſteht es jure communi als bloßes Codicill fort, ſo in dem Falle des fr. 19 pr. D. de test. mil.

Qualitativ endlich darf der Soldat den Gegenſtand ſeiner Beerbung inſofern verrücken, als er überhaupt nicht gebunden iſt, denſelben nach jus commune als das von den res hereditariae verſchiedene juris nomen der hereditas aufzufaſſen, er darf ihn geradezu als Aggregat der res hereditariae betrachten, auch dieſes wiederum beliebig theilen, und demgemäß direkt auf res certae inſtituiren. „Concessum est militibus“, ſagt Ulpian in dem unten näher zu erörternden fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb., „circa institutionem separare species bonorum“. In dem Soldatenteſtamente iſt eine institutio ex re certa ſchon an ſich nichts Ungehöriges, ſie braucht nicht erſt purificirt zu werden durch Detrahiren der rei mentio, ja ein ſolches Detrahiren darf nicht geſchehen, es wäre dem Willen des Soldaten entgegen. Der heres ex re certa wird hier auch dem Rechte nach als wahrer Erbe auf die res certa beſchränkt, der übrige Nachlaß, über welchen nicht teſtirt iſt, fällt, wie ſich zeigen wird, jure heredis an die Inteſtaterben, eben weil der Soldat auch pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

Bevor wir näher den Geſichtspunkt kennen lernen, welcher für die ſinguläre Geſtaltung dieſer institutiones ex re certa maaßgebend wird, dürfen wir die ſich für alles Bisherige aufdrängende Frage nicht unberührt laſſen: wie iſt es dem römiſchen Rechte möglich geworden, dem Soldaten ſolche Privilegien zuzugeſtehen? — Die Quellen motiviren die libera militum testamenti factio nur beiläufig, und zwar durch eine den milites zu Gute zu haltende nimia legum imperitia und simplicitas[17]); dabei beruhigt ſich denn die ge-

---

[17]) Gaj. II, §. 109 pr. J. de mil. test. (2. 11). fr. 1 pr. D. de test. mil. (29. 1). c. 3 C. eod. (6. 21.)

meine Meinung. Allein hierdurch rechtfertigt ſich wohl im Allgemeinen eine Begünſtigung der Soldatenteſtamente, keineswegs aber iſt zugleich erklärt, wie gerade ſolche, das römiſche Erbrecht auf den erſten Anblick in ſeinen Grundpfeilern erſchütternde Privilegien gegeben werden konnten. In dieſer Rückſicht deutet nun Gans[18]) auf den unerhörten Militärdeſpotismus, welcher überhaupt die Zuſtände in der Kaiſerzeit charakteriſirt habe; in den römiſchen Kaiſern und der ihrer Gewaltherrſchaft unentbehrlichen übermüthigen Soldateska zeige ſich die abſolute Geſetzloſigkeit, welche mit Hinwegſetzung über alles Feſte und Heilige lediglich ihrem eigenen hohlen Willen gehorche; — ganz in dieſem Sinne behandle der römiſche Soldat auch das Erbrecht. — Dagegen findet Huſchke[19]) den tiefſten Grund jener Conceſſion darin, daß mit Anfang der römiſchen Kaiſerzeit das Princip der Perſönlichkeit oder der Subjektivität wie in der Menſchheit überhaupt, ſo namentlich in Rom, dem damaligen Centrum des irdiſchen Menſchengeſchlechts, zum Vorſchein komme; dieſem Prineipe ſei es eigen, daß die Geſetzmäßigkeit objektiver Natur von der Unendlichkeit des ſubjektiven Daſeins durchbrochen werde, und es trete göttlich in Chriſto mit ſeiner ecclesia militans, menſchlich in dem römiſchen Kaiſer mit ſeinem den Barbaren entgegengeſtellten miles perpetuus hervor, in jenem das Geſetz des prieſterlichen Volkes in Liebe erfüllend, und damit zur freien Perſönlichkeit verklärend, in dieſem das Geſetz des königlichen Volkes überſpringend und damit aufhebend, denn der göttliche Wille ſei frei, der menſchliche willkürlich.

Indeſſen darf man, unſrer Anſicht nach, in einfacherer Weiſe auf wirklich römiſchem Boden ſtehen bleiben, auch dabei den

---

[18]) Das Erbrecht in weltgeſchichtlicher Entwicklung, Bd. II, S. 168 ff. S. 459 ff.

[19]) in der Abhandlung über die Rechtsregel : nemo pro parte etc. im Rhein. Muſ. Bd. II, S. 331 ff.

römiſchen Soldaten freundlicher und anerkennender beurtheilen, als dieß Gans thut. Für Erklärung jener außerordentlichen Teſtamentsprivilegien kommt, wie wir glauben, allerdings die von den Quellen hervorgehobene imperitia legum, und noch mehr die Lage in Betracht, in welcher ſich der Soldat bei dem Teſtiren in der Regel befinden wird, zugleich aber und vorzüglich muß man ſich wiederum die hohe, noch über dem Vermögen erhabene Bedeutung des heres in den Augen der Römer [20]) vergegenwärtigen.

Auch der römiſche Soldat kennt und verehrt dieſe Bedeutung des heres, ſie leitet ihn bei ſeinen Erbeseinſetzungen; allein die unjuriſtiſche Auffaſſung, man könne ſein Vermögen nach Zeit und Objekt beliebig vertheilen, und dennoch jeder Zuwendung den Ehrenſchmuck der heredis institutio verleihen, wird bei ihm noch leichter möglich, und zugleich unabwendbarer und darum verzeihlicher als bei dem paganus. Schon der Stand der Soldaten rechtfertigt eine ungewöhnliche Rechtsunkenntniß; noch mehr aber iſt in Erwägung zu ziehen die Lage, in welcher er in der Regel an ſein Teſtament denken wird; meiſt wird es geſchehen im Felde, mitten unter den Waffen; hier kann er ſich nicht, wie zu Hauſe vielleicht ebenſo rechtsunkundige pagani, durch Zuziehung ſachverſtändiger Rathgeber vor juriſtiſchen Fehlern bei der Teſtamentserrichtung bewahren, und wären auch ſolche Rathgeber zu finden, ſo iſt doch ſelten Zeit, dieſelben zu benutzen; dieß wird man würdigen, wenn man ſich lebhaft in die Lage der Soldaten im Felde hineindenkt [21]). Dieſe Lage der Soldaten

---

[20]) ſ. oben Seite 28 ff. und Seite 474.

[21]) Ganz bezeichnend dafür ſind, wenn wir uns hier dieſe Bemerkung erlauben dürfen, die Worte, womit Göthe (Campagne in Frankreich, 1792) ſein Tagebuch vom 6. Oktober frühe beginnt: „Bei ſolchen Umgebungen darf man ſich nicht einen Augenblick Ruhe, nicht das kürzeſte Verharren irgend eines Zuſtandes erwarten". — Eben die Rückſicht auf

verdient aber bezüglich ihrer letzten Willensordnungen nicht bloß eine Nachsicht, sie verdient auch, wenn man nur zugleich bedenkt, um welcher Interessen willen sich der Soldat in dieser Lage befindet, eine positive Begünstigung. Da ist es denn für ihn, der mitten in dem Dienste für das Allgemeine noch einmal, vielleicht zum letztenmal, an das Ordnen seiner eignen Angelegenheiten denkt, wahrlich der kleinste Lohn, daß man ihm gestattet, über sein Vermögen nach Zeit und Objekt beliebig letztwillig zu verfügen; diese Concession läßt sich nicht als Gewaltstreich einer übermüthigen Soldateska betrachten, solches Urtheil muß das Ohr eines Soldaten beleidigen[22]); es ist eine Concession, welche die Humanität auch wohl andern Zeiten als den damaligen abzufordern berechtigt erscheint, welche sich daher auch über jene Zeiten hinaus erhalten hat. Allein das Römische Recht durfte nicht dabei stehen bleiben, dem Soldaten die letztwilligen Ver-

---

die Lage, in welcher der Soldat gewöhnlich testiren wird, erklärt: 1) warum nicht auch andere Rechtsunkundige, z. B. Weiber, Minderjährige, dieselben oder ähnliche Vortheile genießen, 2) warum auch Nichtsoldaten dann an der libera militum test. factio participiren, si in hostico loco deprehendantur, et illic decedant (quum eadem pericula experiantur, jura quoque eadem merito sibi vindicant). fr. 44 D. de test. mil. (29. 1). fr. un. pr. D. de bon. poss. ex test. mil. (37. 13); 3) warum Justinian in c. 17 C. de test. mil. (6. 21), s. auch pr. J. de mil. test. (2. 11), diese Privilegien auf diejenigen Soldaten beschränkt, qui in expeditionibus occupati sunt, d. h. welche sich gegenwärtig im Felde, überhaupt in wirklichem Kriegsdienste befinden (Mühlenbruch a. a. O. Seite 33 ff.); wenn diese Beschränkung vor Justinian nicht dem Rechte nach stattfand (Mühlenbruch a. a. O. Seite 37 ff.), so läßt uns dieß dennoch die Behauptung vollständig offen, daß schon damals das Privileg ein hauptsächliches Motiv in der Lage hatte, in welcher der Soldat in der Regel testiren wird.

[22]) Wir sind weit entfernt, dem Militärdespotismus der römischen Kaiserzeit das Wort zu reden, allein auf die erbrechtlichen Begünstigungen der milites hat derselbe keinen Einfluß gehabt; bei Einräumung dieser Concessionen durften die Soldaten in Wahrheit optimi fidelissimique commilitones von den Kaisern genannt werden.

fügungen über ſein Vermögen zu garantiren, im Geiſte römiſcher Anſchauung mußte man mehr geben, man mußte zugleich den von dem Soldaten einer jeden ſeiner Vermögenszuwendungen verliehenen Ehrenſchmuck der heredis institutio ratihabiren, dieſer iſt dem Soldaten wie jedem Römer werthvoll; der Troſt muß auch dem Soldaten bleiben, daß er die vom ihm Honorirten zugleich als heredes mit den durch Sitte und Religion geheiligten Beziehungen hinterlaſſen wird[23]), wie ſehr auch dadurch das jus commune lädirt werde. — Hatte man aber einmal dieſe teſtamentariſchen Conceſſionen gemacht, ſo verſtand es ſich weiter von ſelbſt, daß der Soldat, ſoweit er über ſein Vermögen nach Zeit oder Objekt nicht teſtirt hat, nun von ſeinen Inteſtaterben als ſolchen wirklich beerbt wird, wenn auch dann wieder vitios in den Augen des jus commune, indem die vitioſe teſtamentariſche Beerbung unvermeidlich auch für die neben, vor, oder nach ihr eintretende Inteſtaterbfolge Irregularitäten veranlaſſen mußte.

Uebrigens wird ſich bald zeigen, wie das Römiſche Recht die vitia militis in der That ſo fein zu behandeln weiß, daß die rechtliche Stellung ſolcher abnormen Erben dennoch ſelbſt mit der vermögensrechtlichen, von dem jus commune geforderten Bedeutung des heres der Hauptſache nach in Verſöhnung tritt, was dann zugleich die eigentlich juriſtiſche Rechtfertigung dafür enthalten wird, daß ſolche Conceſſionen auf römiſchem Rechtsboden gedeihen konnten.

Wir kehren ſpeciell zu den institutiones ex re certa in dem Soldatenteſtamente zurück; zunächſt um den für ihre rechtliche Geſtaltung maaßgebenden Geſichtspunkt genauer feſtzuſtellen.

---

[23]) Auf dieſem Geſichtspunkte beruht die oben Seite 487, Note 11 gegen Dernburg und Mühlenbruch gemachte Bemerkung.

Der dem Soldaten, wie wir gesehen haben, ganz allgemein garantirte Satz, wonach er seine bona nach Zeit wie nach Objekt beliebig trennen, und doch zugleich jede Zuweisung als heredis institutio anordnen darf, führt in seiner Anwendung auf eine institutio ex re certa consequent zu folgendem Resultate: es realisiren sich unbedingt die beiden in dieser Verfügung liegenden Willen, der heres ex re certa institutus wird heres, bekommt aber nur die res certa. Derjenige Effekt also, welchen wir bei Behandlung solcher Einsetzungen in dem Testamente der pagani nur als das Wünschenswerthe, aber keineswegs immer Erreichbare kennen gelernt haben, wird in dem Soldatentestamente für alle Fälle herbeigeführt.

Aber auf welchem juristischem Wege? Sehen wir vorerst einen Augenblick von den Quellen ab, so ließe sich denken, es genüge hierzu für gewisse Fälle in der That schon die Behandlung des jus commune, dieß nämlich überall da, wo mehrere Erben (entweder alle auf res certae, oder einige auf res, andere gehörig) eingesetzt sind, und dadurch zugleich der gesammte Nachlaß erschöpft ist; mit Vermeidung aller eigenthümlichen Behandlung könnte hier die Erbenqualität durch detractio rei, die Beschränkung auf die res certa durch Zuhülfenehmen der Vermächtnißtheorie aufrecht erhalten werden, ganz so wie wir dieß dem Grundsatze nach für die institutio ex re certa der pagani in dem zweiten und dritten Abschnitte des vorigen Kapitels kennen gelernt haben; wenn auch hierdurch, so dürfte man annehmen, der Eingesetzte die res certa selbst nur jure legati erhalte, so sei doch dieß für Befolgung der vollen voluntas des miles (wie ja auch des paganus) wenig relevant, indem jedenfalls der zweifache hauptsächliche Wille realisirt sei: Anerkennung der Erbenqualität, Beschränkung auf die res certa. Andrerseits aber ist klar, daß zur Herbeiführung dieses Resultats das jus commune dann nicht ausreicht, vielmehr eine eigenthümliche Behandlung ganz unvermeidlich wird, wenn der

Soldat einen oder mehrere Erben auf res certae eingesetzt hat, ohne dabei zugleich über sein gesammtes Vermögen zu verfügen.

Untersuchen wir jetzt an der Hand der Quellen, worin in diesen Fällen die eigenthümliche Behandlung besteht; theils schon hierbei, theils später wird sich ergeben, ob eine solche von dem Römischen Rechte auch da vorgezogen wird, wo nach dem vorhin Bemerkten die Grundsätze des jus commune genügen könnten.

1) Hat der Soldat einen Erben auf eine res certa eingesetzt, über sein sonstiges Vermögen aber nicht verfügt, so finden wir: der Instituirte wird Erbe, bekommt aber nur die ihm hinterlassene res certa, und zwar erhält er dieselbe jure heredis; das Uebrige fällt an die Intestaterben, wiederum jure heredis. — Dieß bezeugen zunächst folgende Stellen:

fr. 6 D. de test. mil. (29. 1). Ulpianus lib. V ad Sabinum: Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse; miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.

c. 2 C. de test. mil. (6. 21). Imp. Antoninus A. Septimo militi: Miles si castrensium tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem, cetera bona ejus, ut intestati defuncti, mater ejus jure possidet. — PP. XI. Kal. Mart. Antonino A. IV et Balbino Cons. (213).

Indem hier neben dem testamentarisch Eingesetzten die Intestaterben kommen, geschieht dieß nicht in Befolgung eines von dem Soldaten zu Gunsten Letzterer etwa stillschweigends erklärten oder auch nur vermuthlichen Willens, sondern weil der Soldat soweit überhaupt keinen letzten Willen hinterlassen hat[24]), weil er also zum Theile testatus, zum Theile intestatus

---

[24]) S. auch oben S. 69 und Huschke im Rhein. Mus. Bd. II, Seite 327 und 330.

verſtorben iſt, und ſo verſterben darf. Mithin geſtaltet ſich das Verhältniß weder in der Art, als ſeien die Inteſtaterben ſtillſchweigends mitinſtituirt, und ſuccedirten neben dem ausdrücklich Eingeſetzten gleichfalls als Teſtamentserben, noch in der Art, als ſeien ſie ſtillſchweigende Fideikommiſſare, an welche der Eingeſetzte die ihm etwa detracta re geſchaffene hereditas als Univerſal-Fideikommiß praecepta re certa zu reſtituiren habe. Vielmehr beſteht zwiſchen Beiden überhaupt kein durch eine voluntas testatoris herbeigeführtes juriſtiſches Band; das Teſtament ruft den Inſtituirten auf die res certa, das Geſetz ruft daneben die Inteſtaterben auf die cetera bona. Daher denn ein Jeder die ihm zugefallenen Objekte jure heredis erhält.

2) Für diejenigen Fälle, in welchen der ex re Inſtituirte dieſe res jure heredis erhält, entſteht aber die weitere, die hauptſächlich wichtige Frage: worin beſteht hier der eigentliche Gegenſtand der Beerbung? beſteht er, ſo wie es ſcheint, wirklich in der res certa als ſolcher, iſt alſo für das Soldatenteſtament in der That der exorbitante Satz anerkannt, daß der Eingeſetzte auch der juriſtiſchen Auffaſſung nach kein juris successor, ſondern ein wahrer heres ex re certa iſt? Dieſelbe Frage gilt, ſofern der Soldat durch Zuweiſung der res certae nicht ſein geſammtes Vermögen erſchöpft hat, für die zu dem Unvertheilten gerufenen Inteſtaterben: beſteht der Gegenſtand ihres geſetzlichen Erbrechts hier in dem Complexe der ceterae res als ſolcher, ſo daß auch ſie als (geſetzliche) heredes ex re certa, und nicht als juris successores erſcheinen?

Ueber dieſe wichtige Frage geben uns die Quellen

a) vorerſt für den ſpeciellen Fall, wenn der Soldat einen Erben auf das caſtrenſiſche, einen andern Erben auf das nichtcaſtrenſiſche Vermögen eingeſetzt hat, folgende ausdrückliche Auskunft:

fr. 17 §. 1 D. de test. mil. (29. 1). Gajus lib. XV ad edictum provinciale: Julianus etiam ait, si

quis[25]) alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi. —

Jure heredis fallen hier an den Einen die bona castrensia, an den Andern die ceterae res[26]). Allein diese Vermögen werden dabei nicht wie nach jus commune in ihrer direkten Eigenschaft als sog. universitates facti, mithin als res certae, sondern als Inhalt von sog. universitates juris, von vermögensrechtlichen Persönlichkeiten des miles aufgefaßt, deren er hier also, wie wenn er eine doppelte Person wäre, zwei hinterläßt. Sonach erscheint in dem vorliegenden Falle jeder der Eingesetzten bezüglich des ihm zugewiesenen Vermögens in der That als juris successor, nicht als heres ex re certa.

Dieser Gesichtspunkt, wonach die von dem Soldaten per institutionem separirten bona castrensia und ceterae res rechtlich als quasi duorum hominum duae hereditates in Betracht kommen, findet sich denn auch im Einzelnen durchgeführt, namentlich bezüglich nachstehender Punkte:

Die Forderungen und Schulden des Soldaten sind zwischen beiden Erben nicht quantitativ, sondern qualitativ ge-

---

[25]) Zu dem Worte quis ist, wie sich von selbst versteht, und auch aus dem unten mitzutheilenden weitern Verlauf der Stelle hervorgeht, zu suppliren: miles.

[26]) Daraus erhellt, beiläufig und im Voraus gesagt, daß das römische Recht, wenigstens soferne der Soldat gerade sein castrensisches und nichtcastrensisches Vermögen besonders hervorgehoben hat (ob auch bei andern Objekten, davon später), eine eigenthümliche Behandlung der inst. ex re certa selbst da eintreten läßt, wo zur Realisirung der voluntas das jus commune ausreichen könnte; denn in dem vorliegenden Falle ließe sich, weil der Soldat Alles vertheilt hat, Erbenqualität und Beschränkung auf die res schon dadurch herbeiführen, daß die Eingesetzten detracta rerum mentione als Erben aequis ex partibus gelten, die res certae aber vice praeceptionum erhalten.

theilt, es ſteht nicht wie nach jus commune, welches den Geſammtnachlaß als ein einziges juris nomen anſehen müßte, an jeder einzelnen einem jeden Erben eine rata hereditaria zu, vielmehr gehen die mit Rückſicht auf das caſtrenſiſche Vermögen entſtandenen Forderungen und Schulden ipso jure nur den caſtrenſiſchen, die mit Rückſicht auf die ceterae res begründeten nur den nichtcaſtrenſiſchen Erben an. Unmittelbar nach den angezogenen Worten des fr. 17 §. 1 D. cit. heißt es nämlich weiter:

> ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut, ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi, vel illi, ipso jure debeatur;

daher denn auch Demjenigen, welcher an die eine dieſer quasi hereditates etwas ſchuldet, an die andere aber etwas zu fordern hat, nach dem Tode des Soldaten, weil nunmehr Forderung und Gegenforderung nicht mehr inter easdem personas ſtattfindet, kein Compenſationsrecht zuſteht.

> fr. 16 pr. D. de compensat. (16. 2). Papinianus lib. III Quaestionum: Quum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur.

Ebenſo ſind die von dem Soldaten hinterlaſſenen corpora nicht wie nach jus commune unter jenen beiden Erben gemeinſchaftlich, ſondern qualitativ ipso jure getheilt, die caſtrenſiſchen gehören lediglich dem caſtrenſiſchen, die übrigen lediglich dem nichtcaſtrenſiſchen Erben, weßhalb Auseinanderſetzung einer Rechtsgemeinſchaft, namentlich im judicium fam. erc., hier nicht vorkommt.

fr. 25 §. 1 D. fam. erc. (10. 2). Paulus lib. XXIII ad Edictum : Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae judicio; divisum est enim per Constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae erciscundae judicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Unzweifelhaft findet die Auffaſſung dieſer Vermögen als zweier getrennter juris nomina nur dann ſtatt, wenn des Soldaten *Wille* auf getrennte Zuwendung derſelben gerichtet iſt, mag er übrigens (wie in fr. 17 §. 1 cit. und in den übrigen ſoeben angeführten Stellen) über beide, oder (wie in dem Falle der c. 2 C. de test. mil., ſ. oben Seite 495) nur über eines derſelben teſtirt haben, rückſichtlich des andern alſo intestatus verſtorben ſein; nicht aber gelten dieſe Maſſen auch dann als zwei ſelbſtſtändige Vermögensſphären, wenn der Soldat überhaupt intestatus verſtirbt, oder wenn er ohne beſondere Hervorhebung wenigſtens einer derſelben teſtirt hat durch Einſetzung sine parte, ex certis partibus, oder auf andere res certae. — Dagegen fragt es ſich:

b) ob eben auch *anderweite* Vermögensobjekte, wenn ſolche der Soldat per institutionem hervorgehoben hat, als Inhalt beſonderer juris nomina erſcheinen, oder ob dieſe Behandlung als eine ſpecielle Eigenthümlichkeit des ſeparirten caſtrenſiſchen und nichtcaſtrenſiſchen Vermögens angeſehen werden muß? Nun erhalten zwar die bona castrensia allerdings dann eine beſondere juriſtiſche Auffaſſung, wenn ſie (als *peculium* castrense) einem *Hausſohne* zuſtehen; für den Hausſohn iſt (abgeſehen von dem ſpäteren peculium quasi castrense) das caſtrenſiſche Vermögen gerade die einzige Sphäre, rückſichtlich welcher er als ſelbſtſtändiges Subjekt, als paterfamilias, in Betracht kommt, daher er nur über dieſes teſtiren darf, und bei ſeiner teſtamentariſchen Beerbung eben nur dieſes als das juris nomen ſeiner

vermögensrechtlichen Persönlichkeit hinterläßt[27]). Eben so gewiß ist, daß auch bei dem miles sui juris die bona castrensia in mancher Beziehung eine bevorzugte Stellung einnehmen, namentlich insofern, als er, wegen eines ohne Bruch der sacramenti fides begangenen, delictum militare zu einer poena capitalis verurtheilt, fortwährend noch über diese bona letztwillige Verfügungen gültig trifft[28]), und die darüber bereits getroffenen erhalten bleiben[29]).

Dennoch darf uns alles dieses so wenig wie der Umstand, daß die bisher angeführten Stellen immer nur das castrensische und nichtcastrensische Vermögen im Auge haben, zu der Annahme bestimmen, es gelte eben nur für diese beiden Massen der in fr. 17 §. 1 D. cit. angegebene Gesichtspunkt. Wir müssen vielmehr behaupten: auch andere Objekte — wenigstens, vorerst gesagt, auch andere Vermögens-Complexe — kommen rechtlich als sog. universitates juris, als quasi hereditates in Betracht, sobald der Soldat dieselben per institutionem separirt hat, und

---

[27]) Darum wird das peculium castrense, soferne es als Gegenstand testamentarischer Beerbung erscheint (s. auch fr. 10 pr. D. ad Sct. Tertull. 38. 17) zu den universitates gezählt (fr. 20 §. 10 D. de hered. pet. 5. 3: non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate), es wird quasi hereditas genannt (fr. 9 D. de castr. pec. 49. 17), pro hereditate habetur (fr. 2 D. eod.); der darauf Eingesetzte hat die hereditatis petitio (fr. 34 D. de her. pet.), wobei dann, wie aus dem citirten fr. 20 §. 10 D. eod. erhellt, auch die Bestimmungen des sog. Sct. Juventianum zur Anwendung kommen; er haftet für die castrensischen Schulden nicht bloß peculio tenus, wie der pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, sondern in solidum wie ein wirklicher heres (fr. 17 pr. D. de castr. pec.), und unter mehreren auf das pec. castr. Eingesetzten findet das judicium fam. erc. statt (fr. 2 §. 2 D. fam. erc. 10. 2). — S. Muehlenbruch, observ. jur. rom. specimen 1 pag. 27—32. Hasse, im Archiv für civil. Prax. Bd. V, Seite 47 ff. Mühlenbruch, ebendaselbst, Bd. XVII, S. 341.

[28]) fr. 32 §. 8 D. de don. inter vir. (24. 1). fr. 11 pr. D. de test. mil. (29. 1). fr. 22 §. 1 D. de leg. III. c. 13 C. de test. mil. (6. 21.)

[29]) fr. 6 §. 6 D. de injusto (28. 3).

ſie dann dem Eingeſetzten, beziehungsweiſe neben dieſem den Inteſtaterben jure heredis zufallen. Dieß geht entſchieden aus folgender wichtigen Stelle hervor:

fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb. (36. 1). Ulpianus lib. IV fideicommissorum: Sed et si miles rogaverit quem res Italicas restituere, vel res provinciales, dicendum est, suspectam dicentem cogi adire, et restituere; nam, ut eleganter Maecianus libro sexto Fideicommissorum ait, qua ratione ex certa [30]) re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones. Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait. Nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum Senatusconsultum.

Wenn alſo, ſagt hier Ulpian, der Soldat ſeinem Erben aufgegeben hat, Vermögenscomplexe, wie res Italicae oder res provinciales, an Jemanden fideikommiſſariſch zu reſtituiren, ſo geſchieht die Reſtitution nach den Grundſätzen des Sct. Trebellianum. Da nun aber gewiß und bekannt iſt, daß ex Trebelliano nur da reſtituirt wird, wo ein Univerſal-Fideikommiß vorliegt, wo alſo das Reſtitutionsobjekt in einer ſog.

---

[30]) Al. excepta re. Beide Lesarten geben denſelben Sinn, indeſſen ziehen wir die Lesart ex certa re vor, theils des Zuſammenhangs der Stelle wegen, theils weil eine Einſetzung excepta re den ungewöhnlichen Fall einer institutio ex re certa bildet, und kein Grund vorliegt, warum bei der Allgemeinheit des obigen Satzes die Stelle gerade einen ſolchen Fall hervorheben ſollte.

universitas juris beſteht, niemals aber da, wo eine quantitas oder res certa (wenn auch von noch ſo großem Umfange) herauszugeben iſt[31]), ſo ergibt ſich, daß ſolche Complexe hier jure militari in der That als ſog. universitates juris in Betracht kommen. Und indem weiter dieſes ſinguläre Platzgreifen des Trebellianum dadurch motivirt wird: der Soldat dürfe ja auch inſtituiren auf res certae, ſo erhellt daraus deutlich, daß ſolche res als Objekte militäriſcher direkter Erbeseinſetzung ebenfalls nicht als res certae, ſondern als universitates juris aufzufaſſen ſind; gerade weil ſie Objekte einer direkten hereditas ſein können, ſollen ſie auch als Objekte einer fideicommissaria hereditas zugelaſſen werden[32]).

---

[31]) Auf das von einem miles angeordnete Fideikommiß eines Vermögenscomplexes kommt Ulpian gerade bei Erörterung der Frage zu ſprechen, wann ein Univerſal-Fideikommiß und nicht ein bloßes Singular-Fideikommiß vorhanden ſei, fr. 14 §. 5—8, fr. 15, fr. 16 §. 1—5 D. ad Sct. Treb. Rückſichtlich dieſer Frage antwortet er dort in fr. 16 §. 2 alſo: Et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus; ceterum si de universitate sensisse testatorem appareat, nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi possit, sive sponte adiit, ex Trebelliano transeant actiones.

[32]) Eben dieſer Geſichtspunkt enthält nunmehr die eigentliche Erklärung, warum Papinian in dem früher (S. 132. 133. S. 149. 150. 152, Note 11. S. 222 ff. S. 239, Note 15) erörterten fr. 78 pr. D. de her. inst. einen Nichtſoldaten als Teſtator unterſtellt. Einer, qui non militabat, heißt es dort, inſtituirt einen Erben auf ſein mütterliches, einen andern auf ſein väterliches Vermögen; Papinian entſcheidet: beide ſind (detracta re) Erben zu gleichen Theilen, der arbiter fam. erc. aber weiſt jedem die res, worauf er inſtituirt iſt, (als Prälegat) zu, dieß jedoch salva Falcidia, namentlich auch unter Beachtung der compensatio leg. mutuorum. Für das Teſtament eines Soldaten würde nun dieſe Entſcheidung allerdings ſchon darum nicht ganz paſſen, weil hier die fraglichen Prälegate jedenfalls ohne Rückſicht auf die Falcidia zu realiſiren wären; allein nicht bloß dieſer Punkt in der Detailgeſtaltung, ſondern ſelbſt die grundſätzliche Behandlung der hier vorliegenden Anordnung müßte bei einem Soldatenteſtamente anders ausfallen, bei dieſem nämlich wäre Jeder

c) Wir müſſen aber noch weiter gehen, und ganz allgemein behaupten: nicht bloß ein Vermögenscomplex, auch eine einzelne Sache, ſelbſt die unbedeutendſte, kurz eine jede res certa ſtellt ſich, ſoferne lediglich ſie und zwar jure heredis dem Erben eines Soldaten zufällt, juriſtiſch als Inhalt einer ſeparirten quasi hereditas dar. Dieß folgt vorerſt ſchon aus dem ſoeben vorgeführten fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb., denn hier wird, obwohl bezüglich der Anwendung des Sct. Trebell. nur von Vermögenscompleren die Rede iſt, ganz allgemein geſagt, der Soldat dürfe species bonorum circa institutionem ſepariren; ganz allgemein muß daher auch die rechtliche Auffaſſung dieſer res, ſoferne ſie nur wirklich jure heredis dem Erben zufällt, ein und dieſelbe ſein [33]). Sodann aber und vornehmlich folgt unſre Behauptung aus der juriſtiſchen Bedeutung der Beerbung; würde der Eingeſetzte in die res certa als ſolche, mithin (wie groß ſie auch ſei, doch immer nur) in eine res singula ſuccediren, ſo wäre er ein bloßer Singular-Succeſſor, in direktem Widerſpruche damit, daß er heres, alſo Univerſal-Succeſſor ſein ſoll und

---

geradezu Erbe auf das ihm per institutionem zugewendete Vermögen, beide Vermögen wären als duae quasi hereditates aufzufaſſen. In dem vorliegenden Falle nämlich war offenbar nicht Alles vertheilt, denn der Erblaſſer wird doch außer dem von Vater und Mutter Ererbten noch ſelbſterworbenes Vermögen gehabt haben; dieſes müßte, wenn er ein miles wäre, als dritte quasi hereditas an die Inteſtaterben fallen. Aber ſelbſt angenommen, daß die bona materna und paterna den Nachlaß des miles erſchöpften, müßte eine vom jus commune abweichende grundſätzliche Behandlung eintreten, inſoferne ſich deßfallſige ſpätere Erörterungen (§. 28) als richtig erweiſen.

[33]) Daraus folgt indeſſen keineswegs, daß jede res certa auch da, wo ihre Reſtitution fideikommiſſariſch von dem miles aufgegeben iſt, als universitas behandelt werde, und daher Singular-Vermächtniſſe gar nicht vorkämen im Soldatenteſtamente. Wir müſſen ſagen: ein zu reſtituirender Vermögenscomplex führt jedesmal das Sct. Treb. herbei, eine einzelne Sache nur dann, wenn auch dem Fiduciar gerade nur ſie jure hereditario zufällt, er alſo dadurch ſeine quasi hereditas zu reſtituiren hat.

wirklich ist. Dieß führt uns denn auf den eigentlich sachlichen Grund alles desjenigen, was wir bisher unter a—c kennen gelernt haben. Es läßt sich nämlich der einfachen Frage nicht ausweichen: wodurch sollten denn die separirten res certae überhaupt erhalten und vererblich werden, wenn sich nicht nach dem Tode des Soldaten eine separate Persönlichkeit über sie wölbte? Nach römischer Auffassung ist es (§. 1) nicht möglich, daß Rechtsverhältnisse den Tod ihres Subjekts überdauern und vererblich werden, ohne daß zugleich das Subjekt in seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit forterhalten gedacht wird; die res hereditariae werden per hereditatem conservirt und vererbt! Im Geiste dieser Auffassung — welche sich, als nothwendig gegründet in der römischen Ansicht über den Zusammenhang der Rechtsverhältnisse mit ihrem Subjekte, bei keiner Beerbung verläugnen durfte — mußte auch jene von den Kaisern den Soldaten gemachte Concession für den römischen Rechtsboden gedeihlich und praktikabel gemacht werden. Man mußte in folgender Weise raisonniren: Jedenfalls müssen auch die Rechtsverhältnisse des Soldaten nach seinem Tode von seiner fortdauernden Persönlichkeit getragen werden; ist ihm nun garantirt, die Einzelnheiten seiner Rechtsverhältnisse, per institutionem separirt, an besondere Erben zuzuwenden, und er hat von dieser Concession Gebrauch gemacht, so können auch solche separirte Rechtsverhältnisse nur dadurch separat conservirt und vererblich gemacht werden, daß man eine entsprechende, d. h. nur in diesen res certae concret gewordene Separat-Persönlichkeit (quasi hereditas) des Soldaten annimmt, durch welche gerade diese res und nur sie auf diesen heres vererbt werden; ganz ebenso muß natürlich nun auch für jeden weitern Specialkreis von Rechtsverhältnissen, über welche entweder zu Gunsten Andrer testirt ist, oder welche (weil über sie nicht testirt ist) den Intestaterben zufallen, eine weitere Separat-Persönlichkeit des Soldaten statuirt werden; kurz so vielfach res certae

ſeparirt ſind per institutionem, ſo vielfach entſtehen auch beſondere Perſönlichkeiten. Und da nun nach natürlicher, dem jus commune zu Grunde liegender, Betrachtung ſämmtliche Rechtsverhältniſſe eines Menſchen Ergebniſſe ſeiner einigen Perſönlichkeit ſind, m. a. W. da Ein Menſch auch nur Eine hereditas hinterläßt, ſo muß man für jene Beerbung eines Soldaten, weil dieß bei ihm anders ſein darf, gleichſam plurium hominum plures hereditates annehmen[34]). — Sonach iſt denn auch in dem Soldatenteſtamente[35]) der heres ex re certa institutus (ſelbſt da, wo ſich ſeine Geſtaltung nicht nach jus commune der pagani realiſirt) der rechtlichen Auffaſſung nach niemals ein heres ex re certa, ſondern wahrer juris successor, das Objekt ſeines Erbrechts iſt die über die ſeparirte res ſich wölbende Separat-Perſönlichkeit des Erblaſſers, und per hanc quasi hereditatem geht die res auf ihn jure heredis über[36]). In

---

[34]) Geſetzt z. B., der miles inſtituirt lediglich einen Erben auf einen fundus, während er noch ſonſtiges Vermögen hinterläßt. Hier gilt er 1) rückſichtlich der teſtamentariſchen Vererbung des fundus als eine Perſon, welche eben nichts als einen fundus im Vermögen hatte, und deren Nachlaß dann doch zweifellos eine hereditas bildet. 2) Daneben gilt er rückſichtlich ſeines übrigen Vermögens als eine weitere Perſon, deren vermögensrechtliche Perſönlichkeit nur hierin, nicht auch im Erwerb eines fundus concret geworden iſt; bezüglich dieſer wird er, weil über ſie kein Teſtament vorliegt, von den Inteſtaterben repräſentirt.

[35]) Um wieviel weniger hätte ſich das Römiſche Recht jemals entſchließen können, den im Teſtamente eines paganus neben gehörig Eingeſetzten vorhandenen heres ex re certa institutus (Kapitel 1, Abſchnitt 3) als Erben auf die res certa anzuerkennen!

[36]) Wie ſelbſtverſtändlich dieß der Römiſchen Rechtsanſchauung iſt, zeigt ſich ganz charakteriſtiſch darin, daß es in jenem fr. 16 §. 6 D. ad Scl. Treb. gar nicht beſonders hervorgehoben wird, ſondern erſt gelegentlich einer Anwendung (Platzgreifen des Scl. Treb.) zum Vorſchein kommt, ebenſo darin, daß die meiſten Stellen, z. B. die oben Seite 495 citirten fr. 6 pr. D. de test. mil. und c. 2 C. eod. für genügend halten, zu ſagen: wenn der Soldat Jemanden ex re certa eingeſetzt habe, ſo trete rückſicht-

dieſer Weiſe alſo wird dem heres ex re certa des miles eine hereditas geſchaffen, während ſie dem heres ex re certa des paganus durch detractio rei geſchaffen wird; für die institutio ex re certa im Soldatenteſtamente iſt, wie man es auch ausdrücken kann, die rei mentio als demonstratio einer von dem Soldaten gewollten Separat-Perſönlichkeit zu betrachten.

Der das Bisherige beherrſchende Geſichtspunkt gilt übrigens, wie jetzt erhellt, keineswegs bloß da, wo der Soldat ſein Vermögen nach res certae ſeparirt hat, er gilt aus ganz gleichen Gründen ebenſo da, wo er pro parte testatus pro parte intestatus verſtirbt, jede pars bildet hier eine Separat-Perſönlichkeit[37]); er gilt ferner da, wo der Soldat (mag er auf res certae oder auf partes inſtituirt haben) aus mehreren Teſtamenten beerbt wird, durch jedes neue Teſtament, welches er neben dem früheren gelten laſſen will, gränzt er ſich eine beſondere Perſönlichkeit ab, über welche er hier teſtirt[38]), und gerade darum kann er ſogar in einem und demſelben Teſtirakte mehrere Teſtamente errichten[39]), denn was iſt ein Teſtament

---

lich des übrigen Vermögens Inteſtaterbfolge ein, — ohne dabei den für Bedeutung und Objekt dieſer Succeſſionen maaßgebenden Geſichtspunkt auseinander zu ſetzen.

[37]) Welche res hereditariae hier in den einzelnen partes enthalten ſind, darüber ſ. unten Note 47.

[38]) Daher iſt auch gänzlich verfehlt die gemeine Meinung, welche z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 94 ſo ausdrückt: „die in beiden Teſtamenten eingeſetzten Erben werden als in demſelben Teſtamente eingeſetzte Miterben betrachtet"; im Gegentheile, jedes Teſtament bildet auch juriſtiſch ein beſonderes Teſtament, und der in dem einen wie in dem andern Teſtamente Eingeſetzte iſt heres ex asse, jeder rückſichtlich der ihm erworbenen Separat-Perſönlichkeit.

[39]) Aus dieſem Geſichtspunkte erklärt es ſich unſrer Anſicht nach, wie Ulpian in fr. 19 pr. D. de test. mil. (29. 1) von mehreren Soldatenteſtamenten ſagen konnte: sive simul fecerit (sc. miles) sive separatim. — A. Faber (error. pragm. Dec. 71 error. 4 init.) ſieht daher mit

anders, als Verfügung über die Persönlichkeit des Erblassers? wie denn z. B. in jenem Falle des fr. 17 §. 1 D. de test. mil. durch gleichzeitige Einsetzung eines Erben auf die bona castrensia, eines andern auf die ceterae res in der That nicht bloß quasi duorum hominum duae hereditates, sondern eben darum zugleich auch duo testamenta zu intelligiren sind.

Und nunmehr haben wir den Standpunkt erreicht, von welchem aus sich die früher (Seite 493) gemachte Bemerkung rechtfertigt, daß die römische Behandlung diese scheinbar abnormen Soldatenerben der Hauptsache nach dennoch mit der juristischen Bedeutung des heres in versöhnliche Harmonie zu bringen gewußt hat. Das Abweichende von der Beerbung nach jus commune besteht nicht darin, daß der ex re oder ex parte Eingesetzte, und der daneben zu den ceterae res oder partes etwa gerufene Intestaterbe, weil er nicht in das Ganze des Soldatennachlasses succedirt, nun nicht dennoch in ein Ganzes eintritt, das Abweichende besteht lediglich darin, daß der Soldat mehrere Ganze, mehrere quasi hereditates, als wäre er dann eine mehrfache Person, hinterlassen darf, was sich aber, eben im Geiste des jus commune, als eine nothwendige Folge davon herausstellt, daß ihm gestattet ist, seine bona beliebig zu theilen, und doch jede Zuwendung als Erbeseinsetzung zu wollen. Auch bei dem Soldaten ist das Testament stets Verfügung über das Ganze einer vermögensrechtlichen Persönlichkeit, eine jede von dem Soldaten per institutionem hervorgehobene separatio bonorum erscheint als ein eigenes Testament, und wenn daneben etwa noch Intestaterbfolge eintritt, so betrifft diese dann ebenfalls die hereditas

---

Unrecht in diesen Worten einen Tribonianismus, wegen der physischen Unmöglichkeit, mehrere Testamente zugleich zu errichten; zwischen Testament und Testirakt ist in dieser Beziehung bei dem Soldaten ein Unterschied. Andre Ansichten s. bei Huschke, Rhein. Mus. Bd. VI, S. 300, Note 68, und Mühlenbruch a. a. O. S. 94, Note 39.

einer gleichsam andern Person. Wenn daher das Römische Recht sagt, der Soldat dürfe pro parte testatus pro parte intestatus decedere, so ist das „pro parte“ von partes eines nach den Anforderungen des jus commune gestalteten Ganzen zu verstehen, jure militari testirt auch der Soldat niemals pro parte. — Und so tritt gerade durch die Art und Weise, wie das Römische Recht die Ausnahme (das Soldatentestament) behandelt, wiederum die Regel des jus commune hinsichtlich Auffassung der Beerbung in ihrer Bedeutung und in ihrem Glanze hervor.

Ueberall da nun, wo sich der Soldat durch institutio ex re certa mehrere vermögensrechtliche Persönlichkeiten geschaffen hat, ergeben sich aus dieser grundsätzlichen Behandlung seiner Anordnung sehr einfach zugleich die Folgesätze für die Einzelngestaltung des dann eintretenden Verhältnisses.

1) Untereinander stehen die mehreren Persönlichkeiten, eben als quasi plurium hominum plures hereditates, überhaupt in keinem eigentlich juristischen Verbande; der Erbe der Einen steht zu dem Erben der Andern in keinem Miterben-Verhältnisse, Jeder ist heres ex asse in seinem Kreise.

Die Forderungen und Schulden des Soldaten betreffend findet nicht verhältnißmäßige Theilung jeder einzelnen derselben unter sämmtlichen Erben statt, etwa pro modo emolumenti, sondern das Princip ist ganz allgemein das in fr. 17 §. 1 D. de test. mil.[40]) für die bona castrensia und ceterae res befolgte: auch des Soldaten Obligationsverhältnisse sind an die Persönlichkeit des Erblassers geknüpft, nur hier jure singulari an die durch des Soldaten Willen geschaffenen Separat-Persönlichkeiten. Jede quasi hereditas hat also ihre eigenen actiones

---

[40]) s. oben Seite 498.

hereditariae[41]), und zwar gehen jeden Erben allein und ausschließlich diejenigen Forderungen und Schulden an, welche mit Rücksicht auf die ihm (durch Testament oder ab intestato) zufallende res certa entstanden sind. Ein solcher Zusammenhang bestimmter Obligationen mit bestimmten res certae wird nun allerdings in der Regel nur da stattfinden, wo die res in Vermögenscomplexen bestehen, z. B. bei bona castrensia und ceterae res, bona paterna und bona materna, res Italicae und res provinciales[42]), u. s. w.; indessen möglich bleibt es immer, daß eine Forderung oder Schuld mit specieller Rücksicht auf eine einzelne Sache, z. B. einen fundus, entstanden ist, sie geht dann ausschließlich auf den Erben dieses fundus über. Sollte vorkommenden Falles eine oder die andere res certa frei von obligatorischen Beziehungen sein, und darum auf den Erben dieser res weder Forderungen noch Schulden übergehen, so ist dieß begreiflich nichts Anomales, indem ja überhaupt ein Nachlaß, welcher zufällig keine Obligationen enthält, doch ohne Anstand eine hereditas bildet. Sollten ferner die vorhandenen Forderungen und Schulden des Soldaten mit gar keiner der von

---

[41]) Daher heißt es in fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb. (s. oben S. 501) ganz allgemein: qua ratione ex certa re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur. Auch die Lesart: excepta re statt ex certa re würde hieran nichts ändern.

[42]) Bei der institutio ex re certa in dem Testamente eines paganus haben wir gesehen, daß dem auf die bona paterna Eingesetzten die väterlichen, dem auf die bona materna Eingesetzten die mütterlichen Forderungen und Schulden in fr. 78 pr. D. de her. inst. wenigstens indirekt (interpositis propter actiones cautionibus) zugetheilt werden, s. oben Seite 322 ff., während bei Einsetzung auf res Italicae und provinciales auf den Zusammenhang der Obligationen mit dem einen oder andern dieser Vermögen nicht einmal indirekt Rücksicht genommen wird, s. Seite 156 Nummer II. Diese Verschiedenheit erklärt sich einfach: in ersterem, nicht auch in letzterem Falle waren die fraglichen Forderungen und Schulden wenigstens ursprünglich bei zwei verschiedenen Personen entstanden.

ihm per institutionem separirten Objekte in Verbindung stehen, so kann auch dieß keine juristische Schwierigkeit machen, denn der Soldat hat dann entweder sein sämmtliches Vermögen vertheilt oder nicht; in dem letzteren Falle würden zu dem, an die Intestaterben fallenden, unvertheilten Nachlasse auch jene Obligationen gehören, im ersteren Falle dagegen würde es — wovon indessen erst später — überhaupt noch sehr die Frage sein, ob sich nicht hier die institutiones ex re certa nach den Grundsätzen des jus commune zu realisiren hätten.

Die in dem Gesammtnachlasse des Soldaten befindlichen corpora sind nicht unter den verschiedenen Erben gemeinschaftlich, jede Masse hat ihre eigenen corpora, daher zwischen dem Erben der einen und der andern kein judicium fam. erc. stattfindet. Die Worte in fr. 25 §. 1 D. fam. erc.: „divisum est enim per Constitutiones inter eos patrimonium“ [43]) wollen nicht sagen, für das castrensische und nichtcastrensische Vermögen hätten eigne Constitutionen diese Trennung ausgesprochen, jene Worte denken nur an den ganz allgemeinen Satz der kaiserlichen Mandate: „sufficiat ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas“ [44]), in Folge dessen dann unter andern auch die von dem Soldaten per institutionem hervorgehobenen bona castrensia und ceterae res getrennt sind.

Der Erbe jeder einzelnen hereditas hat in Bezug auf diese und die darin enthaltenen bona die Erbschafts-Rechtsmittel in solidum, dem auf einen fundus Instituirten z. B. steht die hereditatis petitio nicht als partiaria zu, weil noch Erben auf andere quasi hereditates neben ihm vorhanden sind, er fordert mit ihr den ganzen fundus ein, er macht dadurch seine ganze hereditas geltend [45]). Und wenn es in fr. 20 §. 10 D. de

---

[43]) s. oben Seite 499.
[44]) Seite 486.
[45]) s. auch fr. 34 D. de her. pet. (5. 3).

hered. petit. (5. 3) heißt: „non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate“, ſo gehören zu den aliae universitates, bei welchen das hier gemeinte Sct. Juventianum Platz greift, eben auch unſre plures quasi hereditates der Soldatenteſtamente.

Erwirbt der Eine die ihm deferirte quasi hereditas nicht, ſo wird dieſelbe weiter deferirt, es findet kein Accresciren an die andere ſtatt[46]), ſofern nicht der erweisliche Wille des Sol-

---

[46]) Ueber das Accrescenzrecht der Teſtamentserben eines Soldaten haben wir bekanntlich zwei Stellen, fr. 37 D. de test. mil. von Paulus (zwei Erben ſind hier jure communi, und zwar sine partibus inſtituirt) und c. 1 C. eod. von Caracalla (hier iſt der Eine, der Bruder des Soldaten, auf das caſtrenſiſche, der Andere auf das nicht-caſtrenſiſche Vermögen eingeſetzt). Hinſichtlich der Vereinigung dieſer beiden ſich ſcheinbar widerſprechenden Stellen verweiſen wir auf die nach dem Vorgange Andrer neuerdings von Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 88 ff. gemachten Ausführungen, indem wir denſelben im Weſentlichen, außer dem unter 3 dieſer Note zu Bemerkenden, beiſtimmen. Hiernach geht im Zweifel die Inteſtaterbfolge dem jus accrescendi vor, nicht umgekehrt, wie Andere wollen, und zwar: 1) hat der Soldat Mehrere ex rebus certis inſtituirt, ſo folgt dieſer Satz ſchon aus dem von uns gewonnenen Grundſatze, daß hier mehrere getrennte hereditates vorliegen, welche an ſich gar keine juriſtiſche Möglichkeit eines Accrescirens offen laſſen, dieſe Möglichkeit kann eben nur durch einen beſondern Willen des Soldaten herbeigeführt werden, wonach dieſe vorerſt getrennten hereditates eventuell zu einer einzigen werden ſollen. 2) Hat der Soldat Mehrere ex certis partibus inſtituirt, ſo iſt zwar dann, wenn Alle erwerben, eine einzige, nach jus commune zu behandelnde hereditas vorhanden (anders, wenn Einer ex parte, z. B. auf ½ inſtituirt iſt, die andere pars aber nicht vertheilt iſt, alſo an die Inteſtaterben fällt, ſ. die folgende Note); fällt aber Einer weg, ſo entſtehen jetzt im Zweifel duae hereditates, die pars des Weggefallenen wird den Inteſtaterben deferirt, ſoferne nicht aus einem beſondern Willen des Soldaten erhellt, daß auch bei dem Wegfall Eines oder Einiger der Nachlaß eine einzige hereditas bleiben ſoll. 3) Ganz ebenſo, wenn die Erben sine partibus eingeſetzt ſind. Zwar will hier Mühlenbruch a. a. O. Seite 92 im Zweifel dem jus accrescendi den Vorzug geben, allein unſere Anſicht erweiſt ſich geradezu aus den ganz allgemein gehaltenen Worten

daten darauf gerichtet iſt, daß eventuell beide universitates als eine einzige, dem jus commune entſprechende, behandelt werden ſollen [47]).

2) Geſetzt, der Soldat hat auf eine der res certae (oder auch auf eine pars hereditaria) mehrere Erben inſtituirt, z. B. A und B auf die bona castrensia, C auf die ceterae res, ſo ſind allerdings dieſe Conjungirten untereinander wahre Miterben, es entſtehen Quoten der ihnen gemeinſchaftlich zugewieſenen quasi hereditas. Nach Verhältniß dieſer Quoten ſind unter den Conjungirten die auf dieſe universitas fallenden Forderungen und

---

des fr. 37 D. de test. mil., es liegt kein Grund vor, mit Mühlenbruch zu ſubintelligiren, in dem Falle dieſer Stelle ſeien die Erben ex certis partibus inſtituirt geweſen; ferner folgt aus c. 3 C. de test. keineswegs der von Mühlenbruch behauptete Satz, es werde im Zweifel angenommen, der Soldat habe die Inteſtaterben ausſchließen wollen, wenn er auch dem Buchſtaben nach ſeine Erbſchaft nur unvollſtändig vertheilt habe, vielmehr erklärt ſich c. 3 cit. aus dem oben Seite 488, Note 14 Bemerkten. — Nur allein da, wo der Soldat Mehrere auf ein und dieſelbe res oder pars inſtituirt hat, glauben wir bei dem Wegfalle Eines dieſer conjuncti im Zweifel ein Accrescenzrecht für die übrigen conjuncti der Abſicht des Soldaten gemäß ſtatuiren zu dürfen, ſ. oben im Texte, Nummer 2 am Ende.

[47]) Alles unter Nummer 1 Bemerkte gilt auch da, wo der Soldat keine institutiones ex re certa vorgenommen, ſondern einen Erben auf eine pars eingeſetzt hat, die andere pars aber an die Inteſtaterben fällt. Nur iſt hier jede einzelne Forderung und Schuld wie nach jus commune zwiſchen dem Teſtaments- und Inteſtaterben getheilt, und rückſichtlich der corpora ſtehen ſie in Rechtsgemeinſchaft; allein darum bleiben es dennoch duorum hominum duae hereditates, es iſt ſo anzuſehen, als ſeien ſchon bei Lebzeiten des Soldaten zwiſchen ihm und einer alia persona die Obligationen getheilt, die corpora gemeinſchaftlich geweſen. Zur Aufhebung der Rechtsgemeinſchaft zwiſchen Teſtaments- und Inteſtaterben findet daher nicht das jud. fam. erc., ſondern die actio communi dividundo ſtatt, denn obwohl das jud. fam. auch für Auseinanderſetzung mehrerer Erbſchaften zuläſſig iſt, gilt dieß doch bekanntlich nur dann, wenn dieſe Erbſchaften unter denſelben Perſonen gemeinſchaftlich ſind. fr. 25 §. 3. 4. 5 D. fam. erc. (10. 2).

Schulden getheilt, die darin enthaltenen corpora gemeinschaftlich, zur Aufhebung dieser Gemeinschaft ist das judicium fam. erc. begründet [48]); nach demselben Verhältnisse ferner stehen die Erbschafts-Rechtsmittel den Conjungirten pro rata zu, z. B. die hereditatis petitio ist für den Einzelnen eine partiaria. Auch muß man hier im Zweifel ein Accrescenzrecht zulassen, soferne nicht eine besondere voluntas militis dahin erhellt, daß beim Wegfalle des Einen der Andere doch nur den ihm zugedachten Theil an der res erhalten soll, wo dann aus der bisherigen Separat-Erbschaft wiederum zwei weitere getrennte quasi hereditates entstehen, deren eine (die erledigte) den Intestaterben zufällt.

3) Indessen muß der unter Nummer 1 in seinen Folgen näher erläuterte Satz, wonach die von dem Soldaten per institutionem separirten res als *getrennte* quasi hereditates gelten, in seiner consequenten Durchführung rücksichtlich der *Schulden* des Soldaten für die Gläubiger der einen oder der andern Erbschaft *dann* zu einer Härte führen, wenn eine derselben überschuldet ist, und darum der auf sie Eingesetzte ausschlägt. Wie sich die Sache hier gestalte, darüber haben wir für den Fall, daß Einer auf das castrensische, ein Anderer auf das nichtcastrensische Vermögen instituirt ist, in dem jetzt mitzutheilenden Schlusse des seinem vorhergehenden Inhalte nach oben [49]) erörterten fr. 17 §. 1 D. de test. mil. folgende ausdrückliche Entscheidung:

> quodsi alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat, et propter hoc is, qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum, qui adiisset, compellendum esse, aut *defendere*

---

[48]) s. auch fr. 2 §. 2 D. fam. erc. (10. 2).

[49]) Seite 498.

totam hereditatem, aut totam creditoribus solvere.

Das Verhältniß iſt ſo zu denken: Indem der auf die überſchuldete (nehmen wir an, die caſtrenſiſche) Erbſchaft Eingeſetzte ausſchlägt, accrescirt dieſelbe zunächſt keineswegs dem auf die ceterae res Inſtituirten [50]), ſie wird vielmehr vorerſt den Inteſtaterben deferirt. Allein auch dieſe ſchlagen ſie, wie natürlich, aus, und es findet ſich überhaupt kein Erbe für dieſelbe. Dadurch ſind die caſtrenſiſchen Gläubiger an ſie als an einen erbloſen Nachlaß gewieſen, berechtigt zur missio in denſelben. Conſequent müßten ſie auf dieſen Nachlaß (eben weil er die hereditas einer gleichſam beſondern Perſon bildet) beſchränkt bleiben; allein es wäre offenbar unbillig, wenn ſie unter der von dem Soldaten (welcher bei Lebzeiten mit ſeinem geſammten Vermögen gehaftet hätte) teſtamentariſch vorgenommenen separatio bonorum leiden müßten; darum dürfen ſie nunmehr auch den nichtcaſtrenſiſchen Erben angehen. Dieſer hat nun die Wahl, entweder auch die nichtcaſtrenſiſche Erbſchaft den caſtrenſiſchen Gläubigern zu überlaſſen [51]), ſo daß er von ſeinem Separat-Erwerbe praktiſch wieder loskommt, und der geſammte Nachlaß den Gläubigern in possessionem gegeben wird, oder aber ſich dieſes Geſammtnachlaſſes anzunehmen, und ſich auch auf die caſtrenſiſchen Schulden, und zwar auf das solidum derſelben, einzulaſſen [52]). — Es findet alſo allerdings ein nachträgliches Accresciren der erblos gewordenen Einen quasi hereditas an

---

[50]) ſ. oben Seite 511, Note 46.

[51]) solvere bedeutet, wie ſchon die Glossa Accursii ad h. l. bemerkt, ſo viel als tradere, oder auch, wie es in fr. 8 D. si pars her. pct. (5. 4) heißt, cedere. S. auch fr. 40 D. de neg. gest. (3. 5.)

[52]) defendere bedeutet in unſerer Stelle, wie in ſo vielen andern, ſich auf eine Klage einlaſſen, ſ. Brisson. h. v. §. 1. Dirksen h. v. §. 3. Heumann, Handlexikon h. v.

die andere ſtatt, nur mit der, durch Billigkeit gerechtfertigten, Abweichung von den gewöhnlichen[53]) Grundſätzen des jus accrescendi, daß dem Erben, obwohl er bereits erworben hat, noch frei ſteht, entweder das Ganze anzunehmen, oder von dem Ganzen loszukommen, ganz ähnlich wie da, wo der suus als Theilerbe abſtinirt, und nun ſein Miterbe genöthigt iſt, ut aut totam hereditatem agnoscat, aut a tota recedat[54]).

Dieſe Entſcheidung des fr. 17 §. 1 D. de test. mil. muß überall da gelten, wo der Soldat durch separatio bonorum per institutionem mehrere quasi hereditates geſchaffen hat, und eine derſelben als überſchuldet erblos wird.

§. 28.

Die einzelnen Fälle der institutio ex re certa in dem Teſtamente eines miles.

Nachdem durch das Bisherige der juriſtiſche Geſichtspunkt klar geworden iſt, welcher für die ſinguläre Behandlung der von einem Soldaten angeordneten institutiones ex re certa maaßgebend wird, unterſuchen wir nunmehr, die einzelnen möglichen Fälle dieſer Einſetzungen durchgehend, genauer die Frage: wann realiſiren ſich dieſelben wirklich nach jenem Geſichtspunkte (jure militari), und wann jure communi wie in dem Teſtamente der pagani? Mit Beantwortung dieſer Frage iſt dann zugleich die Detailgeſtaltung für jeden einzelnen Fall von ſelbſt gegeben; ſie iſt die am Schluſſe des vorigen Paragraphen im Weſentlichen

---

[53]) fr. 53. §. 1 D. de acq. vel omitt. her. (29. 2.)

[54]) fr. 55 D. de acq. vel om. her. (29. 2.) — S. überhaupt Cujacius Commentar. in lib. VII Quaest. ad l. 37 D. de test. mil. — A. Faber error. pragm. Dec. 71 err. 9. — Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XLII, Seite 84 ff., und über abweichende Anſichten Anderer insbeſ. S. 85, Note 19.

angedeutete überall da, wo ſich die Verfügung jure militari realiſirt, während andernfalls auch für das Detail das jus commune zur Anwendung kommt, inſoferne nicht Punkte in Frage ſtehen, welche (wie Falcidia, jus accrescendi u. ſ. w.) überhaupt in dem Teſtamente der milites eine andere Beurtheilung als in dem der pagani erhalten.

I. Der Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieſer aber auf eine res certa inſtituirt iſt.

Erhellt hier aus den Umſtänden, oder kann ſonſtwie beſonders nachgewieſen werden, daß der Soldat mit der genannten res ſein Vermögen überhaupt bezeichnen wollte, dann tritt natürlich die Behandlung des jus commune[1]) ein; die rei mentio gilt als demonstratio totius hereditatis, der ex re Inſtituirte erhält, dem Willen des Erblaſſers gemäß, als heres ex asse das Ganze.

Iſt dagegen eine ſolche voluntas nicht kenntlich, wollte alſo der Soldat den Eingeſetzten in der That auf die res certa beſchränken, ſo wird rückſichtlich ſeines übrigen Vermögens ein doppelter Fall möglich:

1) Er hat über das Uebrige überhaupt nicht verfügt; hier realiſirt ſich die Beerbung jure militari, fr. 6 D. de test. mil., c. 2 C. eod.[2]). An den Eingeſetzten fällt die res certa, und nur dieſe, jure heredis als ſeparate quasi hereditas, daneben bildet das übrige Vermögen eine zweite, den Inteſtaterben deferirte, quasi hereditas. Alles dieß, mag der Teſtamentserbe direkt ex re certa oder aber excepta certa re inſtituirt ſein.

Eine Folge dieſes Geſichtspunktes iſt es, daß, wenn ein filiusfamilias miles, ohne zu wiſſen, daß ſein parens bereits verſtorben war, einen Erben auf das pec. castrense ernannt

---

[1]) ſ. oben Seite 23, Nummer 1.

[2]) citirt oben Seite 495, Nummer 1.

hat, der Eingesetzte nur auf die castrensia bona gerufen wird, nicht auch auf den väterlichen Nachlaß, welcher vielmehr, soferne der miles nicht anderweit über denselben verfügt hat, den Intestaterben desselben zufällt.

fr. 11 §. 2 D. de test. mil. (Ulp. lib. 45 ad edictum) : Si filiusfamilias, ignorans, patrem suum decessisse, de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem ejus patris bona, sed sola castrensia; fr. 12 D. eod. (Pap. lib. 6 Resp.) : milites enim ea duntaxat, quae haberent, scriptis relinquunt. fr. 13 pr. D. eod. (Ulp. lib. 45 ad edictum) : Idem est, et si de testamento mutando cogitavit, non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis testari volebat, et alium heredem scribere.

Eine Folge ist es ferner, daß, wenn der über das pec. castrense testirende filiusfamilias miles nach der Testamentserrichtung suus heres seines Vaters wird, und, ohne Kenntniß davon zu haben, stirbt, der Eingesetzte doch nur auf die castrensia bona gerufen ist, während der von einem filiusf. paganus Instituirte in solchem Falle das gesammte Vermögen erhält.

fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49. 17) [3]).

2) Möglicherweise erhellt aber aus einer besondern (früheren, gleichzeitigen oder späteren) Willenserklärung ein Dritter, an welchen das übrige Vermögen fallen soll. Ist der Erblasser ein paganus, so haben wir [4]) für solche Fälle ganz allgemein folgende Behandlung kennen gelernt : der detracta re auf das Ganze gerufene heres ex re certa restituirt, soferne er direkt ex re eingesetzt ist, die Erbschaft als Universal-Fideikommiß

---

[3]) s. bereits oben Seite 24.

[4]) Seite 73 ff.

an jenen Dritten, und erhält daraus vice praeceptionis die res zurück, während er, excepta re instituirt, die res excepta an den Dritten als Singular-Fideikommiß herausgibt, die hereditas aber behält. Diese Behandlung beruhte darauf, daß der Erbe eines paganus mit Rechtsnothwendigkeit auf das Ganze gerufen, und seine Beschränkung auf die res certa nur durch Zuhülfenehmen der Vermächtnißtheorie realisirbar ist. Anders bei dem heres ex re certa des miles, dieser ist wohl auf *ein* Ganzes, aber nicht auf *das* Ganze gerufen. Daher:

a) Erhellt jener Dritte, an welchen das Uebrige fallen soll, dadurch, daß er in einem *früheren Testamente* zum Erben eingesetzt ist, nun aber der miles in einem späteren Testamente einen heres ex re certa instituirt, so tritt hier nicht die in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. [5]) für solche Anordnungen des paganus angegebene Behandlung ein, vielmehr wird, eben weil der Soldat wie mehrere Ganze, so auch mehrere Testamente neben einander hinterlassen darf, die frühere Einsetzung durch die neuerdings vorgenommene nur so weit afficirt, als dieß das Objekt jener mit sich bringt. Der im zweiten Testamente Eingesetzte ist auf die ihm zugewiesene res als auf eine separate quasi hereditas gerufen, dem im ersten Testamente Instituirten wird das Vermögen außer der neuerdings per institutionem separirten res als eine zweite quasi hereditas deferirt.

fr. 36 §. 1 D. de test. mil. (29. 1.) Papinianus lib. VI Resp. Miles, castrensium bonorum et non castrensium diversis heredibus institutis, postea castrensium bonorum alios heredes instituit; prioribus tabulis *tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores*

---

[5]) Seite 74 ff.

contulerit, nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset.

Und ſollte der Soldat, nachdem er in einem früheren Teſtamente einen heres ex re certa ernannt hat, ſpäter in einem zweiten Teſtamente einen Erben auf das Uebrige ernennen, ſo wird durch die zweite Einſetzung die erſte überhaupt nicht afficirt, ſie betrifft ein ganz anderes Objekt, das juris nomen der ceterae res, welches ohne das zweite Teſtament den Inteſtaterben zugefallen wäre.

b) Erhellt dagegen jener Dritte, an welchen nach des Soldaten Willen das Uebrige kommen ſoll, nicht daraus, daß er in einem andern Teſtamente eingeſetzt iſt, ſo kann es ſein, es ſind ihm in einem vor oder nach Vornahme der institutio ex re certa errichteten Codicille die ceterae res zugewendet; das berührt dann wiederum nicht die teſtamentariſche hereditas des ex re Inſtituirten, ſondern das Objekt der daneben eintretenden Inteſtaterbfolge, es ſind Inteſtat-Codicille neben einem Teſtamente. Oder aber es erhellt jener Dritte aus dem die institutio ex re certa enthaltenden Teſtamente ſelbſt, dann allerdings realiſirt ſich das Verhältniß auf jenem Wege des jus commune, man kann hier ſagen, die rei mentio ſei nur demonstratio dafür, was der ex re Inſtituirte im Effekte behalten ſoll, gerufen ſei derſelbe ſchon nach dem Willen des Soldaten auf das Ganze.

II. Der Fall, wenn mehrere Erben, und zwar alle auf res certae, eingeſetzt ſind.

Hier iſt (anders als in dem Teſtamente der pagani) zunächſt darauf zu ſehen, ob durch die Einſetzungen zugleich der ganze Nachlaß erſchöpft iſt oder nicht, — eben weil der Soldat auch pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

1) In dem letzteren Falle machen ſich dieſelben Geſichtspunkte wie unter I geltend, die Behandlung geſchieht jure militari. Die Eingeſetzten ſind auf ihre res als auf quasi heredi-

tates gerufen, und zwar jeder auf eine eigne quasi hereditas, ſoferne jeder auf eine beſondere res inſtituirt iſt, während mehrere auf Eine res Conjungirte unter ſich als coheredes einer einzigen quasi hereditas in Betracht kommen. Das Uebrige, den Inſtituirten von dem Soldaten nicht zugewieſene Vermögen fällt an die Inteſtaterben deſſelben als weitere quasi hereditas, und ſollte aus einer beſondern Willenserklärung ein Dritter erhellen, welchem der Soldat dieſen Reſt zugedacht hat, ſo regelt ſich auch dieſes Verhältniß ganz nach den unter I, 2 angegebenen Geſichtspunkten.

2) Iſt dagegen durch die Einſetzungen zugleich das geſammte Vermögen vertheilt, ſo tritt vorerſt die Behandlung des jus commune jedenfalls dann ein, wenn der Soldat mit den res bloß partes hereditariae demonſtriren, alſo jure communi teſtiren wollte; die partes werden nach dem gegenſeitigen Werthverhältniſſe der res regulirt, damit iſt, wie bei ſolchen Fällen in dem Teſtamente des paganus[6]), Alles abgethan. — Wie aber geſtaltet es ſich, wenn der Soldat (was die Regel ſein wird) wirklich auf die res als ſolche einſetzen wollte, ſo daß dieſe geerbt werden ſollen? Nach allgemeiner Betrachtung dürfte man auch hier die grundſätzliche Behandlung des jus commune, als zur Realiſirung der voluntas militis hinreichend, annehmen[7]). Anders nach den Quellen. Hat der Soldat ſein geſammtes Vermögen durch Separiren der caſtrenſiſchen und nichtcaſtrenſiſchen bona vertheilt, ſo kommt hier, wie die Erörterungen des vorigen Paragraphen ergeben, das jus militare zur Anwendung, es erſcheinen dieſe beiden Maſſen nach fr. 17 §. 1 D. de test. mil.[8]) als quasi

---

[6]) ſ. oben Seite 139 und 143.

[7]) Seite 494.

[8]) Seite 496, Nummer a).

duorum hominum duae hereditates. Dagegen wird in der unmittelbar vorhergehenden Stelle, in dem princ. des fr. 17 cit. für den Fall, daß der Soldat ſeinen geſammten Nachlaß durch Hervorhebung gewiſſer andrer Vermögensobjekte vertheilt hat, die Behandlung des jus commune als die maaßgebende anerkannt.

fr. 17 pr. D. de test. mil. Gajus libro XV ad Edictum provinciale : Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum*), valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

Es fragt ſich nun : iſt dieſe Behandlung nach jus commune als die regelmäßige, die nachher für das caſtrenſiſche und nichtcaſtrenſiſche Vermögen angegebene nur als die, lediglich für dieſe beiden Maſſen ſtattfindende, Ausnahme anzuſehen, oder aber

---

*) Durch die Zuweiſung der ceterae res an einen der Erben iſt hier Alles vertheilt. — Mit Recht hebt v. Buchholtz, Prälegate, Seite 254 hervor, daß die Entſcheidung des fr. 17 pr. D. cit., und ſomit die Behandlung nach jus commune nicht auch da zur Anwendung kommt, wo der Soldat nicht ſein geſammtes Vermögen per institutionem ſeparirt hat, allein er irrt darin, daß er in letzterem Falle die zu dem unvertheilten Reſte des Vermögens berufenen Erben nach c. 2 C. de test. mil. als die einzigen Erben, die ex re Inſtituirten aber nach c. 13 C. de her. inst. als bloße Vermächtnißnehmer auf die res certae anſieht. Denn abgeſehen davon, daß die Inteſtaterben in Conkurrenz mit einem heres ex re certa institutus nach c. 2 C. de test. mil. keineswegs als alleinige Erben gelten (ſ. oben Nummer I), abgeſehen ferner davon, daß c. 13 C. de her. inst. dem neben gehörig Eingeſetzten ex re Inſtituirten gar nicht die Erbenqualität abſpricht, läßt ſich ja überhaupt nicht ſagen, in jenem Falle ſeien die Inteſtaterben sine parte oder ex certis partibus auf den geſammten Nachlaß berufen, und hätten die res an die darauf Inſtituirten als Vermächtniſſe abzugeben, ſie ſind lediglich auf das Unvertheilte, als auf eine getrennte quasi hereditas, gerufen, wie neben ihnen auch die Teſtamentserben auf eigne quasi hereditates.

weiſen dieſe ungleichen Entſcheidungen auf eine verſchiedene Behandlung verſchiedener Gattungen von res certae? Für die erſtere Annahme ſcheint zu ſprechen, daß die caſtrenſiſche und nichtcaſtrenſiſche Stellung etwas dem Soldaten Eigenthümliches iſt, daß ferner auch in einer Reihe andrer Stellen, welche wir in dem vorigen Paragraphen kennen gelernt haben, vorzugsweiſe gerade dieſe beiden Maſſen hervorgehoben werden, ſowie daß Gajus in dem princ. des cit. fr. 17 D. de test. ganz allgemein beginnt: si certarum rerum heredes instituerit miles, und die nachher ſpeciell genannten Objekte nur beiſpielsweiſe (mit veluti) einführt. Deſſenungeachtet glauben wir uns für jene zweite Annahme entſcheiden zu müſſen, und zwar dahin: beſtehen die per institutionem ſeparirten res in eigentlichen Vermögenscomplexen, deren jeder alſo, obwohl die verſchiedenartigſten Objekte in ſich begreifend, durch eine gemeinſame Beziehung zuſammengehalten wird, z. B. res Italicae und provinciales, bona materna und paterna, dann kommt das für die castrensia bona und die ceterae res in §. 1 jener Stelle Geſagte zur Anwendung, iſt dagegen der Nachlaß nach ſeinen ſonſtigen Beſtandtheilen ſeparirt, dann gilt die im princ. dieſer Stelle angedeutete Behandlung nach jus commune. Vermögenscomplexe nämlich laſſen am erſten und gewöhnlichſten eine Beziehung beſtimmter Forderungen und Schulden auf ſie zu, dieſe Beziehung wird aber am geeignetſten realiſirt durch Behandlung der Complexe jure militari; ferner erſehen wir aus fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb.[10]), daß Vermögenscomplexe des Soldaten auch als Objekte fideikommiſſariſcher Reſtitution immer als ſog. universitates juris aufgefaßt werden; endlich möchte unſere Anſicht eine indirekte Beſtätigung finden in fr. 78 pr. D. de her. inst., ſoferne man annimmt, in dem dort unterſtellten Falle habe

---

[10]) ſ. oben Seite 501.

der gesammte Nachlaß des testator paganus nur in den bona paterna und materna bestanden [11]).

Liegt nun ein Fall vor, in welchem sich die das ganze Vermögen erschöpfenden institutiones ex re certa nach jus commune realisiren, so ist auch die Einzelngestaltung ganz die in dem zweiten Abschnitte des vorigen Kapitels angegebene, so weit nicht die sonstigen Testamentsprivilegien der Soldaten in einem speciellen Punkte eine Abweichung hervorrufen. So muß z. B. die Unstatthaftigkeit der Falcidia bei Vermächtnissen der Soldaten [12]) bewirken, daß durch dieselbe schon nach Pandektenrecht die Prälegate der res certae nicht geschmälert wurden, und wenn einer der Eingesetzten, ohne erworben zu haben, wegfällt, tritt nicht Accrescenzrecht, sondern Intestaterbfolge ein, wodurch dann die ganze Sachlage eine andere juristische Gestaltung erhält; den Intestaterben ist nicht die dem Weggefallenen detracta re geschaffene pars hereditaria, vielmehr die ihm von dem Soldaten per institutionem zugewiesene res certa, nunmehr als eine quasi hereditas deferirt, wodurch sich jetzt auch die res certae der übrigbleibenden Instituirten in quasi hereditates verwandeln, und überhaupt das jus militare ganz in der unter II, 1 angegebenen Weise zur Geltung kommt.

III. Für den Fall, wenn der Soldat neben einem gehörig Eingesetzten einen oder einige Erben auf res certae instituirt hat, fehlt uns eine ausdrückliche Stelle; indessen kann seine Behandlung nach den uns bereits bekannt gewordenen Gesichtspunkten, insbesondere nach dem unter II Bemerkten, keine Schwierigkeiten machen. Auch hier wieder ist vorerst zu unterscheiden, ob durch die Einsetzungen zugleich der gesammte Nachlaß des Soldaten erschöpft ist oder nicht.

---

[11]) s. oben Seite 502, Note 32.

[12]) c. 12 C. de test. mil. (6. 21.)

1) Das Letztere kann begreiflich niemals eintreten, wenn die gehörig Eingesetzten sine partibus instituirt sind, vielmehr nur dann, wenn ihnen partes certae zugewiesen sind. Nicht erschöpft ist nun hier der Nachlaß dann, wenn der materielle Werth dieser Quoten mit dem Werthe der res certae zusammen den Gesammtwerth des Nachlasses nicht erreicht, z. B. A ist instituirt auf einen fundus im Werthe von ¼ des Nachlasses, B ist eingesetzt auf ½. — Das Unvertheilte fällt auch hier an die Intestaterben, und daher gestaltet sich das Verhältniß so: der fundus bildet eine quasi hereditas für den A, gerade darum erstreckt sich aber die Quote des B zwar dem Werthe, aber nicht den Objekten nach über das gesammte Vermögen, nämlich nicht auch über die Hälfte des fundus; vielmehr erhält B von dem übrigen Vermögen (außer dem fundus) so viel, als die Hälfte des ganzen Nachlasses beträgt, also in jenem Falle ⅔ der ceterae res, als quasi hereditas, das andere unvertheilte ⅓ der ceterae res fällt den Intestaterben wiederum als quasi hereditas zu: B und die Intestaterben stehen rücksichtlich der in ihren quasi hereditates befindlichen corpora in einer Rechtsgemeinschaft, ohne darum Miterben zu sein[15]). — Es realisirt sich also das Verhältniß in der Art, als hätte in jenem Beispielsfalle der Soldat also verfügt: A sei mein Erbe auf den fundus, B sei mein Erbe auf ⅔ des Uebrigen.

2) Erschöpft ist der Nachlaß, wenn die gehörig Eingesetzten entweder sine partibus, oder auf partes certae von der Größe instituirt sind, daß deren Werth mit Einrechnung des Werths der res certae dem Gesammtbetrage des Vermögens gleichkommt. — Erscheint nun hier die res certa im Sinne des Erblassers als bloße demonstratio partis hereditariae, dann realisirt sich das Verhältniß wiederum nach jus commune in der

---

[15]) s. oben Seite 512, Note 47.

auf Seite 365 angegebenen Art. War aber (wie in der Regel) auf die res als ſolche eingeſetzt, ſo würde zwar nach allgemeiner Betrachtung dem Willen des Soldaten vollſtändig genügen, wenn man dem Grundſatze nach dieſelbe Geſtaltung wie in dem Teſtamente der pagani, alſo namentlich die Anwendung von Juſtinian's c. 13 C. de her. inst. eintreten ließe. Beachtet man dagegen die Quellen, ſo muß man die unter II, 2 erörterten Entſcheidungen des fr. 17 pr. und §. 1 D. de test. mil. auch hier analog berückſichtigen. Demnach müßte jedenfalls dann, wenn die institutio ex re certa das caſtrenſiſche oder nichtcaſtrenſiſche Vermögen zum Gegenſtande hätte, dieſes als eine getrennte quasi hereditas in Betracht kommen, ſo daß die gehörig Eingeſetzten lediglich auf das juris nomen des entgegengeſetzten Vermögens gerufen ſeien. Iſt aber der unter II, 2 behauptete allgemeinere Geſichtspunkt gegründet, ſo müſſen wir in Gemäßheit deſſelben auch hier dahin unterſcheiden: iſt neben gehörig Inſtituirten auf einen Vermögenscomplex eingeſetzt, dann realiſirt ſich das Verhältniß jure militari, iſt dagegen auf eine ſonſtige res certa eingeſetzt, dann kommt in der grundſätzlichen Behandlung das jus commune, insbeſondere c. 13 C. de her. inst. zur Anwendung, und nur die am Schluſſe der Nummer II berührten Detailfragen beantworten ſich jure militari.

§. 29.

Dauer der ſingulären Gültigkeit der institutiones ex re certa in dem Teſtamente eines miles.

Hat nun der Soldat eine institutio ex re certa in der Art angeordnet, daß ſich dieſelbe nach den angegebenen Geſichtspunkten nicht jure communi, ſondern jure militari realiſiren wird, und ſtirbt im Soldatenſtande, ſo tritt dieſelbe, wie ſich von ſelbſt verſteht, in dieſer Weiſe wirklich in Kraft. Wie aber, wenn er als paganus verſtirbt? Grundſatz iſt bekanntlich, daß das Teſtament eines Soldaten auch nach ſeiner Verabſchiedung,

inſoferne dieſelbe honeste erfolgt iſt, ihm alſo die Rechte eines veteranus gibt, noch ein Jahr lang als militäriſches Teſtament beſtehen bleibt[1]). Allein für die von dem Soldaten jure militari angeordneten institutiones ex re certa kommt dieſer Satz in der That nicht zur Anwendung. Die ſinguläre Behandlung derſelben beruht nämlich darauf, daß der Soldat pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; dieß aber dauert nur ſo lange, als er wirklich Soldat iſt, er muß als Soldat decedere[2]). Verſtirbt er daher als paganus, ſo beurtheilen ſich dieſe Einſetzungen alsbald jure communi, als ſeien ſie in der That in dem Teſtamente eines paganus angeordnet geweſen.

fr. 13 §. 1 D. de test. mil. (29. 1)[3]). Ulpianus lib. XLV ad Edictum. Sed si jam veteranus decessit, universa bona, etiam paterna, ad heredem pertinere castrensium, Marcellus libro undecimo Digestorum scribit; neque enim jam potuit de parte bonorum testari.

---

[1]) §. 3 J. de mil. test. (2. 11). fr. 26 D. de test. mil. (29. 1.) c. 5 C. eod. (6. 21.) — Mühlenbruch in Glück, Bd. XLII, Seite 121.

[2]) Mühlenbruch a. a. O. Seite 123, Note 14.

[3]) Die unmittelbar vorhergehenden Stellen ſ. oben Seite 517.

§. 30.

Schlußbetrachtung.

Rückblick auf die Begriffsbeſtimmung der institutio ex re certa, heutiges Vorkommen dieſer Verfügung, heutige Anwendung der römiſchen Grundſätze über dieſelbe. — Insbeſondere von dem Falle, wenn Jemand auf den Niesbrauch, nach ſeinem Tode aber ein Andrer zum Erben eingeſetzt iſt.

Zum Schluſſe der Abhandlung kommen wir nochmals auf den Begriff der institutio ex re certa zurück, theils um ſeine juriſtiſche Grenze, beſonders hinſichtlich der möglichen Gegenſtände dieſer Einſetzungen zu vergegenwärtigen, und an einzelnen, bisher abſichtlich nicht berührten, Fällen zu erläutern, theils um die faktiſche Frage zu prüfen, ob bei gewiſſen Ausdrucksweiſen, namentlich in heutigen letzten Willensordnungen, wirklich eine institutio ex re certa, und nicht vielmehr entweder Einſetzung auf das jus, oder aber überhaupt keine Erbeseinſetzung, ſondern bloße Zuwendung eines Vermächtniſſes anzunehmen iſt.

Eine institutio ex re certa fordert [1]), daß der Erblaſſer einerſeits eine wirkliche Erbeseinſetzung, andrerſeits als Gegenſtand derſelben nicht das jus hereditarium oder eine pars hereditaria, ſondern direkt einen materiellen Vermögensbeſtandtheil, ein beſtimmtes Vermögensobjekt gemeint hat. — Dieß genauer betrachtend, fragen wir :

I. Wann erſcheint eine Erbeseinſetzung als institutio ex re certa?

---

[1]) Seite 13.

1) Obwohl die Quellen einen Begriff von res certa, als Gegenstand dieser Einsetzungen, nirgends angeben, vielmehr, wie der Verlauf unsrer Abhandlung gezeigt hat, bald in allgemein gehaltenen Stellen den Ausdruck res certa als etwas seiner Bedeutung nach Bekanntes gebrauchen, bald in Beispielsfällen dieses oder jenes Vermögensobjekt wählen, so rechtfertigt sich doch jene allgemeine Begriffsbestimmung der res certa, als eines jeden beliebigen Vermögensobjektes, theils schon aus den quellenmäßigen Beispielsfällen (warum sollte hier nicht ein Objekt so gut als das andere in Betracht kommen können?), theils aus der Tendenz solcher Einsetzungen; der Erblasser will dem Erben ein Objekt direkt zuwenden, welches, wenn dieser es jure heredis erhalten soll, dem Rechte nach nur per hereditatem auf ihn übergehen könnte.

Demgemäß erscheinen als res certae[2]) einzelne Sachen wie Vermögenscomplexe, seien diese auch von dem allergrößten Umfange, daher denn selbst Erbschaften, welche der Erblasser in sein Vermögen erworben hat (wie in fr. 78 pr. D. de her. inst. die bona paterna und materna), hierher gehören. Von einzelnen Sachen kommen in Betracht Eigenthumsobjekte, sowohl species (auch ideelle, und bei Grundstücken auch reelle Theile derselben) als Quantitäten und Summen; ferner Forderungen (sind diese theilbar, auch beliebige Theile derselben); ebenso jura in re aliena des Erblassers[3]). Gültig freilich wird die Einsetzung auf ein dem Erblasser zustehendes jus in re aliena nur dann sein, wenn dasselbe weder an seine Person gebunden, noch sonstwie seiner letztwilligen Disposition entzogen ist,

---

[2]) Beispiele für viele der folgenden Punkte s. oben S. 210—214, S. 216—224, S. 245 ff.

[3]) Sollte der Erblasser auf ein ihm zustehendes Pfandrecht instituirt haben, so ist als eigentlicher Gegenstand der Einsetzung die pfandlich gesicherte Forderung anzusehen, welche dann das Pfandrecht nach sich zieht.

denn hätte er z. B. auf einen ihm zustehenden Nießbrauch, oder auf ein seiner letztwilligen Verfügung nicht unterworfenes Lehen oder Erbleihgut instituirt, so würde die allerdings dem Begriffe nach auch hier vorliegende institutio ex re certa als eine total ungültige Anordnung ohne alle Wirkung bleiben.

Eine institutio ex re certa, und zwar zugleich eine gültige, ist auch dann vorhanden, wenn der Erblasser an einem ihm gehörigen Objekte einsetzungsweise ein jus in re aliena erst einräumt, obwohl dann der Eingesetzte bezüglich dieses jus in re aliena überhaupt nicht als Successor des Erblassers erscheint. So kann der Testator Jemanden per institutionem den Nießbrauch an dem gesammten Nachlasse oder an Stücken desselben zuwenden, es realisirt sich hier das Verhältniß, soferne nur nicht aus anderen Gründen [4]) zweifelhaft wird, ob wirklich eine Einsetzung auf den Nießbrauch gemeint ist, ganz nach den allgemeinen Grundsätzen über Behandlung einer institutio ex re certa.

So sehr es das Gewöhnliche sein wird, daß der Testator nur auf ihm selbst gehörige Objekte einsetzt, so liegt eine institutio ex re certa doch auch dann vor, wenn er auf ein ihm fremdes, überhaupt auf ein entweder gar nicht oder nicht dauernd und sicher in seinem Nachlasse befindliches Objekt instituirt hat [5]). Eine andere Frage ist freilich, ob dann die Einsetzung überhaupt gültig ist? Für den Fall, daß eine solche Zuwendung an einen Miterben geschah, haben wir oben [6]) die Behauptung gerechtfertigt, daß Ungültigkeit der Verfügung nur dann eintritt, wenn die rei mentio ein die Ernstlichkeit des

---

[4]) s. z. B. unten Note 32.

[5]) Ein Fall der Einsetzung auf eine res litigiosa findet sich in den Quellen selbst, c. 3 C. de litig. (8. 37); s. darüber oben Seite 212 ff.

[6]) Seite 245 ff. und Seite 451 a. E.

Willens ausschließendes derisorium oder einen für den Rechtsbestand der Einsetzung wesentlichen Irrthum enthält [7]). Nach ähnlichen Gesichtspunkten beurtheilt sich die Zuwendung eines Objekts jener Beschaffenheit an den einzigen Eingesetzten; seine Institution gilt daher ohne Anstand dann, wenn das Objekt nach der Hand untergegangen oder sonstwie aus des Erblassers Vermögen herausgekommen ist, oder sich nur nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse befindet; war dagegen schon bei der Testamentserrichtung das Objekt dem Erblasser völlig fremd, dann muß, namentlich auch in Erwägung von Justinian's Bestimmung in c. 14 C. de her. inst. [8]), im Zweifel die Ungültigkeit der Einsetzung, also des ganzen Testaments behauptet werden, insoferne nicht aus besondern Umständen der Wille des Erblassers, damit doch nur über das Seinige zu verfügen, hervorgeht, z. B. er institnirt Jemanden auf ein Objekt, welches er in der Kürze wirklich zu erwerben dachte.

Eine noch natürlichere regelmäßige Schranke wird die sein, daß der Testator auf aktive Vermögensbestandtheile einsetzt, allein selbst Einsetzung auf Schulden fällt unter den Begriff der institutio ex re certa. Freilich eine solche Verfügung wäre seltsam genug, aber welche Fälle können nicht im Leben vorkommen! Die Gültigkeit einer Einsetzung auf Schulden läßt sich nur da in Abrede stellen, wo im Fragefalle ein derisorium im Sinne des Erblassers erhellt, andernfalls realisirt sich die Verfügung, soferne dem Eingesetzten genehm sein sollte, sich einer solchen Erbschaft zu unterziehen, ganz nach den Grundsätzen über juristische Behandlung einer institutio ex re certa [9]).

---

[7]) Ueber die Art und Weise, wie sich die Zuwendung, soferne sie nicht hiernach total ungültig ist, juristisch realisirt, s. oben Seite 248 ff. und Seite 452 ff.

[8]) s. oben Seite 224.

[9]) Ist der auf die Schulden Eingesetzte 1) der einzige Erbe, dann gestaltet sich Alles einfach. — 2) Hat er Miterben, welche sämmtlich

2) Immer aber iſt eine institutio ex re certa im Rechtsſinne nur dann vorhanden, wenn der Erlaſſer das Objekt der Einſetzung wirklich als res certa gemeint hat. Sein Wortausdruck entſcheidet daher nicht unbedingt. Es iſt einerſeits möglich, er hat den Worten nach auf res certae inſtituirt, in der That aber eine gehörige Einſetzung (auf das jus) gewollt, und die rei mentio nur als demonstratio hereditatis oder partis hereditariae gemeint, wie z. B. unter Umſtänden dann, wenn

---

ex re certa eingeſetzt ſind, dann haftet er ſchon als Erbe für diejenige Rate der Schulden, welche auf der ihm auch hier detracta re geſchaffenen pars hereditaria haftet, und zwar, ſoferne er nicht cum ben. inventarii angetreten hat, für dieſe Rate nöthigenfalls ſelbſt ultra vires hereditarias; die Schuldenantheile der Miterben dagegen zahlt er nach den Geſichtspunkten eines legatum liberationis, welches ihm zu Gunſten der Miterben auferlegt gilt (ſ. oben Seite 189, Nummer 2); bis zu Nov. 1 c. 2 §. 2 durfte er daher ¼ ſeiner pars frei behalten, ſeit dieſer Novelle fällt dieß weg (Seite 241 ff.), ja ſeitdem muß er, ſoferne er nicht inventariſirt hat, ſelbſt dieſe Schuldenantheile der Miterben nöthigenfalls ultra vires hereditarias bezahlen, als Folge davon, daß Juſtinian in jener Novelle den nicht inventariſirenden Erben verpflichtet, die Legate nicht nur ohne Abzug der Falcidia, ſondern überhaupt vollſtändig zu präſtiren. Sollten die Schulden nicht ſo bedeutend ſein, ſo behält der auf ſie Eingeſetzte in der That aktives Vermögen, nämlich ſeine rata hereditaria an dem durch die übrigen institutiones ex re certa etwa nicht erſchöpften Nachlaſſe. — 2) Sind endlich die Miterben gehörig eingeſetzt, ſo widerſtreitet dem Scheine nach die Verfügung direkt der c. 13 C. de her. inst., indem nach dieſer Verordnung in Conkurrenz mit einem heres ex re certa gerade allein die gehörig Eingeſetzten für die Schulden haften; allein der ſcheinbare Widerſpruch verſchwindet, wenn man daran feſthält, daß der auf die Schulden Inſtituirte hier mit einem legatum liberationis und mit einem fideicommissum hereditatis belaſtet iſt; es dient nur zur Abkürzung des Verfahrens, wenn er nach der (auch hier ganz wohl anwendbaren) c. 13 C. cit. restituta parte hereditaria von vornherein leer ausgeht, und aus der reſtituirten pars die Miterben ſelbſt die Schulden zahlen. — Anders, wenn auch er gehörig eingeſetzt, und nur der Zuſatz gemacht iſt: jedoch ſolle er allein alle Schulden bezahlen; hier behält er ſeine pars, zahlt in Folge des legatum liberationis die Schulden, was ihm hiernach noch an Aktivvermögen in ſeiner pars übrig iſt, verbleibt ihm, denn hier ſind ihm nicht lediglich Schulden, ſondern lediglich ihm die Schulden zugewieſen.

die Miterben auf Summen eingesetzt sind[10]); ja auch als demonstratio für noch andere Zwecke läßt sich bisweilen die rei mentio auffassen[11]). Andrerseits kann es sein, der Testator will wirklich auf res certae instituiren, allein er bezeichnet keine bestimmten res ausdrücklich, sondern bewegt sich in allgemeineren Ausdrücken. Hier kommt denn namentlich die Frage in Betracht, ob es als Einsetzung auf eine res certa oder aber auf eine pars hereditaria anzusehen ist, wenn der Testator einen Erben auf den „Pflichttheil", oder neben Zuwendungen an Andre auf das „Uebrige", auf den „Rest" und dergl. instituirt hat.

Die Einsetzung „auf den Pflichttheil", ohne Angabe bestimmter Objekte, wird von Vielen[12]) immer und jedesmal für eine institutio ex re certa gehalten, unter Berufung auf den Satz, daß die legitima keine pars hereditatis, sondern pars bonorum sei. Allein dieser Satz, obwohl an sich richtig[13]), rechtfertigt keineswegs die hier aus ihm gezogene Folgerung. Sein Sinn geht dahin: der Pflichttheilsberechtigte hat einen Anspruch auf Hinterlassung von so viel bona an ihn, als er, wenn er wirklich Erbe auf die seinem Pflichttheil entsprechende pars partis ab intestato wäre, durch dieselbe und in derselben bekommen würde. Instituirt ihn nun der Erblasser, und zwar ausdrücklich auf eine pars hereditaria dieser Größe (z. B. den Sohn, als den im Fragefalle einzigen Pflichttheilsberechtigten, auf $^1/_3$), so liegt in der pars zunächst und an sich zugleich sein Pflichttheil, dieser kann dabei nur indirekt, durch Auferlegung von Vermächtnissen u. dergl. (also durch gravamina) ge-

---

[10]) s. oben Seite 139, Note 10, und Seite 365, Note 2.

[11]) siehe z. B. unten Note 32.

[12]) z. B. A. Faber, errores pragm. dec. 14 error. 6. Galvanus, de usufr. c. 13 Nr. VI. Fein, Recht der Collation, Seite 385, Note 22.

[13]) s. oben Seite 230 ff.

schmälert sein [14]). Instituirt daher der Erblasser nicht ausdrücklich auf eine pars, sondern schlechthin „auf den Pflichttheil", so darf er doch ganz gut die Absicht haben, hierdurch auf eine dem Pflichttheile entsprechende pars zu instituiren, ja er wird dieß in der That sehr oft wirklich beabsichtigen, denn sein Gedanke geht offenbar meistens nur dahin: der Eingesetzte soll nicht mehr als den Pflichttheil erhalten, darum aber keineswegs von den erbschaftlichen Lasten befreit sein, an diesen soll er vielmehr nach Verhältniß participiren, wie zu seinem Antheile jeder andere Erbe. — Demgemäß sagen wir: die Einsetzung auf den Pflichttheil erscheint bald als Einsetzung auf res, bald als Einsetzung auf eine pars, deren Größe durch die mentio legitimae demonstrirt ist; es beurtheilt sich dieß als quaestio voluntatis nach den Umständen, indem man die Einsetzung auf den Pflichttheil im Zusammenhange mit der Art und Weise betrachten muß, wie der Erblasser sein übriges Vermögen, ob nach res oder nach partes, vertheilt hat. — Ist hiernach der auf den Pflichttheil Instituirte überhaupt der einzige Eingesetzte, es erhellt aber aus des Erblassers Disposition ein Dritter, an welchen das übrige Vermögen (fideikommissarisch) fallen soll, so gilt jener als auf eine seinem Pflichttheile entsprechende pars instituirt, er hat daher, nachdem er de jure Erbe auf das Ganze geworden, an den Dritten nicht totam hereditatem praecepta certa re i. e. legitima, zu restituiren, sondern retenta parte nur partem hereditariam zu restituiren, z. B. der Sohn als etwa einziger Pflichttheilsberechtigter bleibt zu $^1/_3$ (dem Objekte seiner Einsetzung) Erbe, die andern $^2/_3$ restituirt er an jenen Fideikommissar. Sind neben ihm noch andere Erben, und zwar diese sämmtlich gehörig (sine partibus oder ex certis partibus) eingesetzt, dann muß auch er wiederum als auf eine (seinem

---

[14]) Seite 231, Note 11.

Pflichttheile entsprechende) pars eingesetzt betrachtet werden. Sind dagegen sämmtliche, oder auch nur einer, oder einige der Miterben auf res certae instituirt, dann allerdings ist auch die Einsetzung auf den Pflichttheil als institutio ex re certa aufzufassen; denn da sich die res der Andern, soferne sie e media hereditate kommen, als Prälegate realisiren, so haben zu denselben alle partes, mithin auch die pars des Pflichttheilsberechtigten beizutragen, dadurch aber würde der Pflichttheilsberechtigte, wollte man ihn als auf eine pars instituirt ansehen, dießmal in der That nicht die vollen darin enthaltenen, der legitima entsprechenden bona behalten, und daß er, um sich diese bona zu conserviren, den Beitrag zu den res der Andern als gravamen verweigern dürfte, möchte ebenfalls so lange wie möglich zu vermeiden sein, da auch die Zuwendungen der res an die Andern ex voluntate testatoris vollständig effektuirt werden sollen, so lange dieß unbeschadet des Pflichttheils der Gesammtbetrag des Nachlasses zuläßt.

In ähnlicher Art beurtheilt sich die Frage, ob Einsetzung „auf das Uebrige", „auf den Rest" und dergl. als institutio ex re certa oder als Einsetzung auf das jus aufzufassen ist, aus der Gegensätzlichkeit dieser Einsetzung zu den Objekten der daneben vorliegenden Verfügungen[15]). Einsetzung auf das Uebrige kann bei dem einzigen Instituirten dann vorkommen, wenn der Testator ein Vermächtniß vorangestellt, und hernach erst den Erben auf das Uebrige eingesetzt hat; je nachdem hier das Objekt des Vermächtnisses in einer res oder einer pars besteht, ist auch der Erbe als ex re oder ex parte eingesetzt anzusehen;

---

[15]) Aus dem Gesichtspunkte, daß die Bedeutung der celera bona nur eine relative, aus dem Gegensatze zu entnehmende ist, erklärt sich auch fr. 2 D. qui potior. in pignore (20. 4), worauf aufmerksam macht Mühlenbruch in der allgem. Literaturzeitung, 1835, April, S. 567 und 568.

de jure natürlich auf das Ganze gerufen reſtituirt er in dem erſteren Falle ein Singular-Vermächtniß, im zweiten Falle das Univerſal-Fideikommiß einer pars. Hat er Miterben und dieſe ſind gehörig eingeſetzt (sine partibus oder ex certis partibus), dann gilt der „auf das Uebrige" Eingeſetzte gleichfalls als auf das jus inſtituirt [16]), ſind dagegen die Miterben auf res certae inſtituirt, ſo iſt im Zweifel auch die Einſetzung auf das Uebrige für eine institutio ex re certa (ex ceteris rebus) zu halten, von welchem Geſichtspunkte denn auch Gajus in fr. 17 pr. D. de test. mil. [17]) ausgeht. Indeſſen kann doch hier unter Umſtänden die Gegenſätzlichkeit des im Verhältniſſe zu dem übrigen Vermögen nur unbedeutenden Werths der den Andern ausdrücklich zugewieſenen res bewirken, daß der daneben auf das Uebrige Eingeſetzte als gehörig inſtituirt anzuſehen iſt, daß mithin nicht die rechtlichen Grundſätze für den Fall, wenn ſämmtliche Erben auf res certae inſtituirt ſind, ſondern die für den Fall der Conkurrenz eines gehörig Eingeſetzten mit ex re Inſtituirten zur Anwendung kommen. Geſetzt z. B., der Erblaſſer, welcher ein bedeutendes Vermögen hinterläßt, inſtituirt den A auf einen einzelnen fundus von nicht ſehr großem Werthe, den B aber auf das Uebrige. Wollte man hier das Uebrige juriſtiſch als ceterae res, mithin gleich dem fundus als Prälegat behandeln, ſo würde dadurch, mit Hinblick auf den aktiven und paſſiven Antheil an den actiones hereditariae, offenbar ein der voluntas testatoris weit weniger entſprechendes Reſultat entſtehen, als dann, wenn die dem A detracto fundo geſchaffene Hälfte der Erbſchaft an den B als Univerſal-Fideikommiß fällt,

---

[16]) fr. 17 §. 3, fr. 78 §. 3, fr. 79 D. de her. inst. (28. 5.) Hier iſt bekanntlich die Einſetzung auf das Uebrige dann, wenn der Teſtator bereits ein (einfaches, doppeltes u. ſ. w.) Ganzes an die andern Eingeſetzten vertheilt hat, überhaupt ohne Bedeutung.

[17]) ſ. oben Seite 521.

und A von vornherein nur den fundus als Prälegat zu beanſpruchen hat.

II. Setzen wir nunmehr umgekehrt als im Fragefalle gewiß voraus, daß der Erblaſſer als Objekt der Zuwendung eine res certa gemeint hat, und fragen: wann hat er die Zuwendung als Erbeseinſetzung, und nicht (wofür das Objekt ſo ſehr geeignet erſcheint) als bloßes Vermächtniß gewollt?

In römiſchen Teſtamenten war dieß jedesmal in ſehr einfacher Weiſe erkennbar, indem bei einer Einſetzung, wenigſtens ſoferne ſie auf eine res certa gerichtet war, ſicherlich niemals der für die Erbeneigenſchaft des Honorirten untrügliche und allgemein gekannte Ausdruck „heres“ gefehlt hat [18]).

Deſto zweifelhafter wird unſre Frage ſehr häufig bei heutigen Teſtamenten. Wenn freilich der Erblaſſer entweder ſelbſt des Römiſchen Rechts kundig iſt, oder doch unter Zuziehung von Kundigen ſeinen letzten Willen errichtet, dann wird er eine institutio ex re certa, ſoferne er nicht vorſichtshalber eine ſolche Verfügung gänzlich vermeidet, juriſtiſch kenntlich anordnen; er wird untrügliche Einſetzungsworte wählen, und durch den ganzen Zuſammenhang ſeines letzten Willens zu erkennen geben, daß dieſe Einſetzungsworte ihrer juriſtiſchen Bedeutung auch wirklich entſprechen ſollen. Allein in vielen heutigen letzten Willensordnungen finden ſich die Berufungsworte in ſehr abwechſelnder, unbeſtimmter Weiſe gebraucht. „Er ſoll mein Erbe ſein“, „er ſoll erben“, „es ſei ſein Erbtheil“, „ich vermache ihm“, „er ſoll haben“, „ich hinterlaſſe ihm“, — dieſe und ähnliche Ausdrücke werden mit großer Gleichgültigkeit durch- und neben einander angewendet, und zwar dieß nicht bloß für Zuwendung von res certae, ſondern ganz ebenſo für Zuwendung des ganzen Vermögens oder von Quoten deſſelben. — Ob dann in ſolchen

---

[18]) Seite 32 ff.

Fällen eine Erbeseinsetzung oder ein Vermächtniß vorliegt, darüber muß nun allerdings, so viel ist zunächst gewiß, die Absicht des Erblassers entscheiden. Allein wie soll man die Absicht erkennen? und darf man immer so geradezu annehmen, der Erblasser habe den juristischen Gegensatz von Erbeseinsetzung und Vermächtniß gekannt, und daher wirklich gerade die eine oder die andere dieser Anordnungen gemeint?

Um hier richtig zu entscheiden, gebührt vor Allem der Frage eine genauere Rücksicht: wie erklärt es sich, daß in heutigen Testamenten so häufig jene unsichere Ausdrucksweise beliebt wird? Auf diese Frage antworten wir also: Der Grund der, einer römisch gebildeten Beurtheilung so unbestimmt erscheinenden Willenserklärungen liegt in der That in nichts Anderem als darin, daß auch die Willensbestimmung solcher Erblasser von ganz anderen als den Römischen Gesichtspunkten geleitet wird; in jenen Willenserklärungen spiegelt sich die ohne alle Frage das heutige Leben durchdringende germanische Ansicht über Bedeutung der Successionen und Zuwendungen auf den Todesfall, diese germanische Anschauung ist aber eine von der römischen total verschiedene.

Die römische Anschauung (§. 1. 2) geht ihrem Kerne nach dahin: Rechtsverhältnisse bestehen als solche nur durch Beziehung zu ihrem Subjekte; darum sind, wenn das bisherige Subjekt aufhört zu sein, an sich und nach natürlicher Betrachtung auch dessen Rechtsverhältnisse erloschen; sollen also die Rechtsverhältnisse dennoch über den Tod des Subjekts hinaus erhalten und auf Andere übertragbar werden, so muß das Subjekt selbst, obwohl physisch nicht mehr vorhanden, juristisch erhalten gedacht werden, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen (das jus defuncti) muß fortdauern; in diese einzutreten ist die rechtliche Bestimmung des Erben, durch das jus und in demselben gehen auf ihn nunmehr auch die bona defuncti über. — Allerdings kann der Erblasser auch bona als solche letztwillig an

einen Andern als Denjenigen, welcher dieſelben per hereditatem erhalten und behalten ſoll [19]), zuwenden, allein dieß immer nur vermittelt durch erwartete Beerbung; auf der Bühne der Beerbung erheben ſich die Vermächtniſſe als delibationes hereditatis, als indirekte Zuwendungen von Vermögensvortheilen aus den durch demnächſtige Repräſentation conſervirten Erbſchaftsmitteln. — Indem ſich hiernach ganz von ſelbſt Erbeseinſetzung (wie Beerbung überhaupt) und Vermächtniß ſchon dem Gegenſtande nach — dort die vermögensrechtliche Perſönlichkeit, hier (abgeſehen von dem fideicommissum hereditatis) bona — ſcheiden mußten, trat der Gegenſatz beider noch ſchärfer und allgemein gekannter dadurch hervor, daß dem heres überdieß eine noch über das Vermögen hinausragende, hochgeſtellte Lebensbedeutung [20]) in den Augen der Römer zukam.

Ganz anders tritt uns die germaniſche Anſchauung entgegen. Ihr iſt von vornherein der Gedanke fremd, daß Rechtsverhältniſſe ihre Exiſtenz nur durch Beziehung zu ihrem Subjekte erhalten, nach ihr haben einmal begründete Rechtsverhältniſſe in ſich ſelbſt Beſtand, ihre Forteriſtenz läßt ſich auch getrennt von der Beziehung zu ihrem urſprünglichen Subjekte denken. Bezüglich der Succeſſionen auf den Todesfall iſt darum der oberſte römiſche Satz, Fortdauer der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Verſtorbenen zum Zwecke der Erhaltung und Uebertragbarkeit ſeiner Rechtsverhältniſſe, der germaniſchen Anſchauung unbekannt, nach ihr bleiben die Rechtsverhältniſſe als ſolche direkt, ohne dieſe Vermittlung, erhalten, ſoweit nicht einzelne aus andern Gründen mit dem Tode des Subjekts erlöſchen [21]). Die Erbſchaft in

---

[19]) Inwiefern auch an den Erben ſelbſt unter dieſer Vorausſetzung, darüber ſ. oben Seite 104 ff.

[20]) ſ. oben Seite 28 ff. und Seite 474.

[21]) So überdauern nicht wie nach Röm. R alle Schulden den Verſtorbenen.

germaniſchem Sinne, ganz dieſem Sinne entſprechend „Nachlaß" genannt, beſteht daher nicht in dem von den res hereditariae verſchiedenen juris nomen der hereditas, ſondern geradezu in dem Aggregate der hinterlaſſenen res hereditariae[22]), Verfügungen des Erblaſſers über ſeinen Nachlaß ſind jedesmal nur Verfügungen über die bona defuncti. — Sowie nun hiernach einerſeits auch Vertrag als Grund der Berufung zum Nachlaſſe erklärlich wird, und die Erbſchaft als durch verſchiedenartige, neben einander eintretende, Berufungsgründe theilbar erſcheint[23]), ſo fehlt andrerſeits der germaniſchen Anſchauung in der That jede hinreichende Veranlaſſung, für die einſeitigen letztwilligen Zuwendungen einen Gegenſatz von Erbeseinſetzung und Vermächtniß anzunehmen[24]). Denn vorerſt iſt die dem Römer

---

[22]) Dieſe Auffaſſung iſt denn auch namentlich in die neueren Geſetzbücher übergegangen. Das Preußiſche Landrecht Theil 1, Titel 12, §. 1 beſtimmt: „Ueber Alles, was der freien Verfügung eines Menſchen unterworfen iſt, kann derſelbe auch auf den Todesfall nach Gutdünken verfügen". — Das Oeſterreichiſche Geſetzbuch §. 531 beſtimmt: „Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verſtorbenen, inſofern ſie nicht in bloß perſönlichen Beziehungen gegründet ſind, heißt deſſen Verlaſſenſchaft oder Nachlaß". — Wenn der Code Napoléon in einem und demſelben Titel (livre III, titre II) handelt »des donations entre-vifs et des Testaments", ſo erklärt ſich dieß eben wieder aus der germaniſchen Auffaſſung des Nachlaſſes, art. 893: „On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament dans les formes ci-aprés établies".

[23]) So beſtimmt das Preuß. Landrecht, Theil 1, Titel 12, §. 45: „Er (der Erblaſſer) kann auch nur über einen Theil ſeines Nachlaſſes verordnen, und es in Anſehung des Ueberreſtes bei der geſetzlichen Erbfolge laſſen". S. auch ebendaſelbſt §. 46, §. 256—260, §. 617 ff., §. 629. — Oeſterr. Geſetzb. §. 534: „Die erwähnten drei Arten des Erbrechts können auch neben einander beſtehen, ſo daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze beſtimmter Theil aus dem letzten Willen, dem andern aus dem Vertrage, und einem Dritten aus dem Geſetzbuche gebührt".

[24]) Im germaniſchen Sinne heißt Erbe vorzugsweiſe Derjenige, welcher einen geſetzlichen Anſpruch auf den Nachlaß oder auf Nachlaß-

werthvolle, noch über dem Vermögen erhabene Bedeutung eines heres dem Germanen ganz unbekannt [25]), sodann aber hat, wie gesagt, eine letztwillige Zuwendung wie die andere qualitativ immer nur einen und denselben Gegenstand, direkt die bona defuncti; eine successio per universitatem ist unbekannt.

Von dieser germanischen Anschauung der Successionen und Zuwendungen auf den Todesfall konnte sich denn selbst in den Ländern des gemeinen Rechtes das Bewußtsein nicht frei erhalten, das römische Recht ist freilich recipirt, allein nur seinem todten Buchstaben nach, der Geist, welcher es belebte, fehlt, und darum

---

bestandtheile hat, während Derjenige, welchem etwas vermacht ist, seinen Anspruch einer Zuwendung durch den Erblasser verdankt. So auch nennt der Code Napoléon den gesetzlichen Nachfolger in den Nachlaß héritier legitime (art. 723), den Nachfolger kraft einseitigen letzten Willens légataire, und zwar légataire universel, légataire à titre universel, légataire particulier, je nachdem ihm der gesammte Nachlaß, oder eine Quote, oder eine einzelne Sache zugewendet ist (livre III, titre II, chapitre V). — Das Preuß. Landrecht (Theil 1, Titel 12, §. 3—6) und das Oesterr. Gesetzb. (§. 532. 535. 553) unterscheidet allerdings nach Erbeseinsetzung und Vermächtniß, und demgemäß auch Testament und Codicill; Erbe ist nach ihnen Derjenige, welchem der gesammte Nachlaß, oder eine Quote, Vermächtnißnehmer Derjenige, welchem nur einzelne Sachen oder Summen hinterlassen sind. Einen heres ex re certa institutus kennen also diese Gesetzbücher überhaupt nicht.

[25]) Wir können daher auch nicht der Bemerkung von Huschke (Rhein. Mus. Bd. VI, S. 365) beistimmen, daß die deutschen Barbaren dasselbe Subjektivitätsprincip der neuern Geschichte von außen gebildet hätten, welches der Römische Kaiser mit seinen Soldaten im Innern dargestellt habe, und daß, wenn der Römische Soldat eine Ausnahme von der Regel des alten Rechts ihres Vaterlandes gemacht habe, den Deutschen Völkern die Regel selbst ganz unbekannt habe sein müssen. Der Römische Soldat kannte den vaterländischen heres, er unterschied ihn vom bloßen Vermächtnißnehmer sehr wohl; und wenn er, in der vermögensrechtlichen Stellung des heres irrend, per institutionem seine bona separirte, so geschah doch die juristische Behandlung solcher Verfügung ganz im Geiste der römischen Regel (s. oben Seite 507), wesentlich verschieden von germanischer Anschauung.

auch die Begreiflichkeit und Verständlichkeit[26]). Es ist daher nicht zu verwundern, wenn der römischen Anschauung unkundige Erblasser, den Gegensatz von Erbeseinsetzung und Vermächtniß nicht unterscheidend, auch in den Berufungsworten ihrer letztwilligen Zuwendungen eine große Gleichgültigkeit zeigen; unsicher und zweifelhaft erscheinen jene abwechselnd gebrauchten Ausdrücke eben nur den Anforderungen eines durch das recipirte römische Recht Gebildeten, in dem von der germanischen Auffassung geleiteten Sinne des Erblassers selbst sind sie bestimmt genug, es sollten eben überall bona zugewiesen werden.

Bei dieser Sachlage möchte sich nun in heutigen letzten Willensordnungen die Frage, ob bei einer bestimmten (sei es auf res certae oder auf Quoten gerichteten) Zuwendung eine heredis institutio oder ein Vermächtniß anzunehmen sei, nicht immer dadurch entscheiden lassen, daß man untersucht, ob der Erblasser damit einen juris successor, einen Repräsentanten seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit ernennen, oder aber lediglich einen materiellen Erbschaftsvortheil zuweisen wollte[27]); denn sehr

---

[26]) Wenn vielfach versichert wird (Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht §. 348 a. E., Mittermaier, Grundsl. des deutschen Privatrechts §. 382, Hufchke, Rhein. Mus. Bd. VI, S. 365 ff., Mühlenbruch in Glück, Bd. XXXVIII, S. 79—81, u. S. 344 ff., Note 44, und Bd. XL, S. 194, Note 63), der Satz nemo pro parte u. s. w. habe in Deutschland niemals Anerkennung gefunden, so heißt dieß doch in der That nichts anders als: die ganze Grundanschauung der Successionen auf den Todesfall ist bei uns eine andere als bei den Römern. — Will man der Wahrheit die Ehre geben, so muß man zugestehen, daß selbst der Juristenstand, schon von der Glosse her, bei Bearbeitung des Römischen Erbrechts sich nicht vollständig von germanischen Ideen frei erhalten konnte, unwillkührlich trug man sie in die Auffassung des Römischen Rechts hinein, und trübte sich hierdurch die Erkenntniß der römischen Anschauungsweise in gar manchen Punkten.

[27]) Hiernach will diese Frage beantwortet wissen Elvers in seiner Themis, neue Folge, Bd. I, S. 276 ff.

häufig würde der Erblaſſer, wenn man ihn ſelber darüber befragte, die Antwort geben, dieſen Unterſchied kenne er nicht, er habe eben überall und allenthalben Vermögen, und nur Vermögen zuwenden wollen. Da nun aber doch einerſeits die Abſicht des Erblaſſers entſcheiden, andrerſeits aber die Gültigkeit ſeiner Verfügung nach römiſchen Grundſätzen bemeſſen werden muß, ſo ſcheint es unter dieſen Umſtänden oft ſchwierig zu werden, die Verfügung wegen mangelnder Kenntlichkeit ihres juriſtiſchen Charakters vor totaler Ungültigkeit zu bewahren.

Indeſſen bei genauerer Betrachtung können wir in der That von einer andern Seite her den, wenn auch nur auf Zuwendung von bona gerichteten, Willen des Erblaſſers dennoch mit dem römiſchen Gegenſatze von Erbeseinſetzung und Vermächtniß dem Weſentlichen nach in Harmonie bringen. Der Erblaſſer wird nämlich immer eine oder einige Perſonen im Auge haben, welchen er ſein Vermögen eigentlich und im Ganzen zuwenden will; daneben aber wird er häufig Andere in der Art honorirt haben, daß er zu ihren Gunſten von ſeinem Vermögen etwas abzieht, etwas beſonders hervorhebt, was er ſonſt jenen eigentlich Bedachten gelaſſen haben würde, ſei es, daß er den Letzteren ausdrücklich aufgibt, das Hervorgehobene an den damit Honorirten auszuzahlen, oder daß das dieſem Zugewendete zwar auch ihnen direkt zugewieſen iſt, aber doch ſonſtwie als ein Abzug von dem Vermögen überhaupt erhellt. — Ohne der voluntas Gewalt anzuthun, und ohne dem römiſchen Rechte eine weſentlich veränderte Bedeutung zu geben, dürfen wir nun ſo ſagen: in den Fällen jener erſteren Art läßt ſich die Verfügung als Erbeseinſetzung anſehen, d. h. wir dürfen ſie juriſtiſch ſo behandeln, als ſolle auf den Honorirten als Repräſentanten das Vermögen übergehen, in dem zweiten Falle dagegen dürfen wir die Zuwendung als Vermächtniß anſehen, d. h. wir dürfen dieſelbe juriſtiſch ſo behandeln, als ſei ſie eine indirekte Zuwendung aus der Erbſchaft, eine delibatio hereditatis.

Wann nun im Fragefalle die eine oder die andere, in angegebener Art juriſtiſch zu behandelnde, Willensbeſtimmung anzunehmen iſt, muß ſich aus der Art und Weiſe der von dem Erblaſſer gegebenen Willenserklärung ergeben. In dieſer Beziehung möchte denn zunächſt und vorzüglich entſcheidend ſein das von ihm gewählte Objekt der Zuwendung, ſodann unter Umſtänden, jedoch meiſt nur in untergeordneter Weiſe, die Art der gebrauchten Berufungsworte, endlich der ganze Zuſammenhang, in welchem die etwaigen mehreren Verfügungen unter einander ſtehen. — Demzufolge wären wohl hauptſächlich folgende Anhaltspunkte zu beachten :

1) Zuwendung des ganzen Vermögens, ſowie Zuwendungen von Quoten ſind im Zweifel und in der Regel als Erbeseinſetzungen zu behandeln, denn dieſe Objekte laſſen am geeignetſten auf den Willen des Erblaſſers ſchließen, daß auf die ſo Honorirten das Vermögen eigentlich und im Ganzen übergehen ſolle; gerade darum geben hier die dabei gewählten Berufungsworte keinen großen Ausſchlag, es brauchen keine Einſetzungsworte zu ſein, z. B. die Ausdrücke : „ich vermache dem A die eine Hälfte, dem B hinterlaſſe ich die andere Hälfte meines Vermögens", enthalten ohne Anſtand gültige Erbeseinſetzungen. — Unter beſondern Umſtänden kann indeſſen allerdings ſelbſt Zuwendung von Quoten, ja Zuwendung des geſammten Vermögens als bloßes Vermächtniß (Univerſal-Fideikommiß) in Betracht kommen. Dieß nicht bloß dann, wenn es ausdrücklich als ſolches einem andern zunächſt Berufenen auferlegt iſt, ſondern auch in andern Fällen. Geſetzt z. B., es iſt nur über eine einzelne Quote verfügt, oder die an Mehrere vertheilten Quoten erſchöpfen zuſammen nicht das Ganze, ſo müſſen wir im Sinne des Erblaſſers gewiß als das Natürliche annehmen, daß er ſeine Inteſtaterben als diejenigen vorausgeſetzt hat, an welche eigentlich und im Ganzen ſein Vermögen übergehen ſoll; von dieſem Vermögen macht er nur Quotenabzüge zu Gunſten Andrer, ſeine

Verfügung ist daher als ein, die Restitution eines Universal-Fideikommisses anordnendes, Intestat-Codicill zu betrachten; denn obwohl die Testamentsform, und vielleicht zugleich Einsetzungsworte gewählt sind, so ist doch aus diesen Aeußerlichkeiten unter den vorliegenden Umständen nicht auf die Absicht einer Erbeseinsetzung und Testamentserrichtung, vielmehr auf Vornahme einer Verfügung zu schließen, welche der Erblasser, wäre er Jurist gewesen, sicherlich als Intestat-Codicill bezeichnet haben würde, und die wir daher auch dem Rechte nach als solches aufzufassen haben[28]). Ferner kann es sein, der Erblasser beruft Jemanden zu seinem Vermögen, jedoch mit der weiteren Bestimmung, daß von einer gewissen Zeit an (z. B. mit dem Tode des Ersteren) das ganze Vermögen, oder eine Quote an einen Andern fallen solle; hier leidet es keinen Zweifel, daß wir diese letztere Verfügung, selbst wenn sie in ausdrückliche Einsetzungsworte eingekleidet ist, als ein dem Erstberufenen ex die auferlegtes Universal-Fideikommiß ansehen dürfen, soferne nicht besondere Gründe auf eine andere voluntas schließen lassen.

2) Dagegen sind Zuwendungen von res certae im Zweifel für bloße Vermächtnisse zu halten, denn diese Objekte sprechen ihrer Natur nach regelmäßig am meisten dafür, daß sie der Erblasser als delibationes hereditatis abzugsweise von seinem Vermögen hervorgehoben hat; daher müßte unsrer Meinung nach an dieser Auffassung in der Regel selbst da festgehalten werden, wo die Zuwendung einer res certa in ausdrückliche Einsetzungsworte gekleidet ist, wir hätten hier anzunehmen, daß der Erblasser den juristischen Sinn dieser Worte nicht gekannt habe, daß seine Absicht mehr aus dem Objekte als aus den Berufungs-

---

[28]) fr. 1 D. de jure codic. (29. 7) steht dieser unsrer Auffassung keineswegs entgegen, im Gegentheile, es spricht für dieselbe, denn man kann in obigem Falle nicht sagen, daß der Erblasser, hätte er Rechtskenntniß besessen, nec voluit quasi codicillos id valere.

worten erhelle, und demgemäß wären ſelbſt die Einſetzungsworte als bloße Vermächtnißworte anzuſehen. — Auch hier aber können wiederum beſondere Umſtände vorliegen, welche darauf hinweiſen, daß die Zuwendung der res als wahre Erbeseinſetzung gemeint war.

Demgemäß möchte ſich die Frage : wann iſt in heutigen letzten Willensordnungen die Zuwendung einer res certa als wirkliche institutio ex re certa, und nicht als bloßes Vermächtniß zu betrachten? unſeres Dafürhaltens im Genaueren nach folgenden Geſichtspunkten zu beantworten.

a) Beſteht der ganze Teſtamentsinhalt nur darin, daß Einem eine res certa zugewendet iſt, ſo kann es vorerſt ſein, die res erſchöpft den geſammten Nachlaß, oder ſoll ihn doch nach der Abſicht des Erblaſſers erſchöpfen; hier gilt die rei mentio natürlich als demonstratio hereditatis, der Honorirte iſt Erbe auf das Ganze, ſelbſt wenn er nicht mit wirklichen Einſetzungsworten gerufen ſein ſollte.

Wollte ihn dagegen der Erblaſſer auf die res certa wirklich beſchränken, dann kommt es darauf an, ob über das übrige Vermögen überhaupt nicht verfügt iſt, oder ob aus einer anderweiten Willenserklärung erhellt, an wen dieſes Uebrige fallen ſoll.

Für den erſteren Fall nehmen wir — aus denſelben Gründen wie da, wo nur über einzelne Quoten verfügt iſt[29]) — im Zweifel an, die Zuwendung ſei, geſetzt ſelbſt, ſie wäre in Einſetzungsworte gekleidet, als ein bloßes, in einem Inteſtat-Codicille angeordnetes, Vermächtniß zu behandeln[30]).

---

[29]) ſ. Nummer 1.

[30]) ſ. oben Seite 544, Note 28. Andere, z. B. Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XL, S. 233 ff., Sintenis, prakt. Civilr. Bd. III, S. 410. 411, Note 3, laſſen die Verfügung nur dann als Inteſtatcodicill gelten, wenn ſie ausdrücklich durch die Codicillarclauſel befeſtigt iſt. Allein

Die Fälle der zweiten Art werden ſich in verſchiedener Weiſe geſtalten. Sollte zugleich mit der Berufung auf die res aus einer und derſelben Verfügung erhellen, welchem Dritten das Uebrige zugedacht iſt, ſo gehört dieſer Fall überhaupt nicht mehr hieher, ſondern unter Nummer c. Erhellt aber dieſer Dritte aus einer früheren Verfügung, ſo kann es ſein, dieſelbe war auf das Ganze gerichtet, und kam als Teſtament in Betracht: hier nehmen wir im Zweifel an, daß die ſpäter erfolgte Zuwendung der res nur als ein den früheren Teſtamentserben gemachter Abzug, mithin als nachträgliches teſtamentariſches Codicill zu betrachten iſt, jenes Teſtament alſo als ſolches fortbeſteht, es müßte denn aus ganz beſondern Gründen unzweifelhaft ſein, daß die Zuwendung der res certa als wahre Erbeseinſetzung (z. B. für einen neuerdings erwachſenen Notherben, welchen der Erblaſſer erweislich inſtituiren wollte) gelten ſolle, wo dann allerdings die in fr. 29 D. ad Sct. Treb. angegebene Behandlung [31]) anzuwenden wäre; enthält dagegen die frühere Verfügung ebenfalls nur Zuwendung von Theilen oder Einzelnheiten des Nachlaſſes, dann ſehen wir die neuerdings angeordnete Zuwendung einer res certa im Zweifel als ein zweites, zu einem früheren hinzugetretenes, Inteſtat-Codicill an. Erhellt endlich aus einer erſt ſpäteren Anordnung ein Dritter, an welchen das Uebrige fallen ſoll, ſo müßte dieß, in Uebereinſtimmung mit dem Bisherigen, im Zweifel ebenfalls ſo aufgefaßt werden, daß die letztere Verfügung als Inteſtat-Codicill zu dem früheren, die res certa zuwendenden, Inteſtat-Codicille hinzugetreten ſei.

---

in dem Fragefalle ſtellt ſich doch die Abſicht des Erblaſſers, wenn man dieſe unter einen juriſtiſchen Geſichtspunkt bringt, von vornherein als gerade nur auf Errichtung eines Inteſtatcodicills gerichtet heraus, obwohl er die Teſtamentsform gewählt hat.

[31]) ſ. oben Seite 74 ff.

b) Sind in einer letzten Willensordnung Mehrere, und zwar dieſe ſämmtlich auf res certae berufen, ſo wird es wiederum darauf ankommen, ob dieſe res den geſammten Nachlaß erſchöpfen, oder doch nach dem Willen des Erblaſſers erſchöpfen ſollen, oder nicht.

In dem erſteren Falle müſſen wir ſämmtliche Zuwendungen, ſelbſt wenn keine Einſetzungsworte dabei gebraucht ſind, in der That als wirkliche institutiones ex re certa gelten laſſen. Denn die gleiche Stellung Aller, ſowie die ſtattgehabte Vertheilung des geſammten Vermögens zeigt unzweifelhaft darauf hin, daß der Erblaſſer an dieſe Honorirten ſein Vermögen eigentlich und im Ganzen, wenn auch mit der von ihm angegebenen Theilung, übergehen laſſen wollte. Man kann auch ſagen: es liegen hier Erbeseinſetzungen verbunden mit divisio omnium bonorum vor.

Hat dagegen der Erblaſſer wiſſentlich und abſichtlich nicht ſein ganzes Vermögen unter den auf res certae Berufenen vertheilt, ſo müſſen die unter Nummer a für dieſen Fall angegebenen Geſichtspunkte auch hier in ähnlicher Art wiederkehren; im Zweifel alſo werden die Zuwendungen der res certae, ſelbſt in Einſetzungsworte gekleidet, doch als bloße, in einem Inteſtat-Codicille angeordnete Vermächtniſſe zu behandeln ſein.

c) Sind endlich in einer letzten Willensordnung Einige unbeſtimmt oder auf Quoten, Andere daneben auf res certae gerufen, dann allerdings ſehen wir zugleich auf die für dieſe Letzteren von dem Erblaſſer gebrauchten Berufungsworte. Laſſen ſich dieſe ſelbſt dem heutigen juriſtiſchen Sprachgebrauche zufolge nicht als verba institutionis auffaſſen (z. B. „ich vermache", „ich hinterlaſſe", „er ſoll haben" u. ſ. w.), ſo iſt die Zuwendung einer res certa, wie natürlich, für ein bloßes und reines Vermächtniß zu halten; entſprechen aber die Berufungsworte denjenigen, welche der heutige juriſtiſche Sprachgebrauch als verba institutionis bezeichnet („ich ſetze zu Erben ein", „er ſoll erben", „es ſei ſein Erbtheil"), dann liegt,

ſoferne nicht der ganze Zuſammenhang dennoch darauf hinweiſt, daß die Verfügung als bloßes Vermächtniß erſcheint, in der That kein Grund vor, warum man dieſe Worte hier nicht in ihrer juriſtiſchen Bedeutung nehmen, und demgemäß die Zuwendung als wahre institutio ex re certa anſehen ſollte. Es wird dieß beſonders da wichtig, wo der auf eine res certa mit Einſetzungsworten Berufene ein Notherbe des Erblaſſers iſt, während natürlich niemals davon die Rede ſein darf, daß eine (auf Quoten oder res gerichtete) Verfügung, welche ſich allem Bisherigen zufolge nicht als Erbeseinſetzung auffaſſen läßt, doch wenigſtens dann, wenn ſie zu Gunſten eines Notherben gemacht iſt, zur Rettung des Teſtamentes als Erbeseinſetzung nachgeſehen werden dürfte.

Ueberall nun, wo nach den vorſtehenden, aber wie geſagt, nur für zweifelhafte Fälle geltenden, Geſichtspunkten die Zuwendung einer res als eine wahre institutio ex re certa betrachtet werden muß, gelten für ihre juriſtiſche Geſtaltung noch ganz die Grundſätze des Römiſchen Rechts.

Als Beleg dafür, wie bedenklich es oft wird, die Abſicht des Erblaſſers (auf welche doch Alles ankommt) nach dem wörtlichen Ausdrucke ſeiner Willenserklärung zu bemeſſen, mag zum Schluſſe die Erörterung eines Falles dienen, welcher, in den Quellen weder entſchieden, noch überhaupt hervorgehoben, unter den Rechtsgelehrten die allerverſchiedenartigſten Entſcheidungen erfahren hat. Es kommt in dem heutigen Leben nicht ſelten vor, daß ein Erblaſſer letztwillig dahin verfügt: *er ſetze eine beſtimmte Perſon auf den Nießbrauch ſeines Vermögens, nach deren Tode aber eine andere Perſon zum Erben ein.*

Hielte man ſich lediglich an den Wortausdruck dieſer Dispoſition, ſo müßte man folgende Abſicht des Erblaſſers annehmen: der auf den Nießbrauch Eingeſetzte (wir wollen ihn fortan A

nennen) ſoll wahrer heres, und zwar der mentio ususfructus wegen wahrer heres ex re certa ſein, der auf den Todesfall des A Eingeſetzte aber (wir nennen ihn B) ſoll als weiterer wahrer Erbe eintreten, ſobald A nach dem Erwerbe ſtirbt. Hiernach müßte die Entſcheidung dahin ausfallen : A wird als einziger heres primi gradus Erbe auf das Ganze detracta ususfructus mentione, und bleibt es für ſich und ſeine Erben, die Einſetzung des heres secundi gradus B bleibt total unbeachtet, da eine direkte Subſtitution für den Fall, daß der heres primi gradus erworben hat, bekanntlich ungültig iſt. — Es leuchtet indeſſen ſogleich ein, daß dieſes Reſultat der voluntas testatoris durchaus widerſpricht. Um nun zu bewirken, daß B nach dem Tode des A das Vermögen erhält, ließe ſich die Abſicht des Erblaſſers hinſichtlich der Berufung des B in andrer Art, nämlich dahin verſtehen : B iſt nur im uneigentlichen Sinne Erbe genannt, es ſollte damit bloß geſagt ſein, daß an ihn nach dem Tode des A das geſammte Vermögen fallen ſolle; die Annahme dieſer Abſicht, ſo könnte man ſagen, werde eben dadurch unterſtützt, daß A auf den Nießbrauch eingeſetzt ſei, indem hier die mentio ususfructus im Sinne des Erblaſſers nicht ſowohl eine mentio rei certae (alſo eine institutio ex re certa), ſondern nur mentio eines dem auf das jus inſtituirten A auferlegten Veräußerungsverbots[32]) zur Conſervation des Vermögens im Intereſſe des B enthalte. So aufgefaßt, ließe ſich denn die voluntas in ganz normaler Weiſe realiſiren, B würde als Univerſal-Fideikommiſſar gelten, an welchen nach des A Tode deſſen Erben die ganze Erbſchaft zu reſtituiren haben, unter An-

---

[32]) Aehnlich wie auch in den Quellen das Recht des Eigenthümers, welchem zum Vortheile Andrer die Veräußerungsbefugniß entzogen iſt, zuweilen ususfructus genannt wird, z. B. c. 3 C. Th. de secund. nupt. (3. 8). c. un. C. Th. si secundo nupserit mulier (3. 9). c. 5. 6 §. 1 C. J. de sec. nupt. (5. 9). c. un. C. si secundo nups. (5. 10).

nahme eines von dem Erblaſſer ſtillſchweigends[33]) auferlegten Verbots des Abzugs der Trebellianiſchen Quart. — Es hat keinen Anſtand, daß dieſe Behandlung dann ausreicht, wenn A wirklich erwirbt, oder nicht erwirbt weil er ausſchlägt, indem ihn in dem letzteren Falle B als Univerſal-Fideikommiſſar nach bekannten Grundſätzen zum Antritte zwingen kann; wie aber, wenn A vor oder nach dem Erblaſſer, ohne erworben zu haben, verſtirbt? Das Univerſal-Fideikommiß für B wäre nunmehr vereitelt, allein es iſt ſicherlich nicht die Abſicht, daß dieſerhalb B in der That um die Erbſchaft komme; daß das Vermögen *erſt* nach dem Tode des A an B fallen ſolle, hat der Erblaſſer gewiß nur in der ſtillſchweigenden Vorausſetzung verordnet, A werde wirklich antreten, er hat den B ſicherlich nur im Intereſſe des dem A zugeſicherten Genuſſes der Zeit nach beſchränkt, fällt dieſes Intereſſe weg, ſo muß im Sinne des Erblaſſers auch die temporäre Beſchränkung des B ſchwinden, das Vermögen muß dann ſogleich an den B fallen. Dieſe voluntas läßt ſich nun wiederum normal realiſiren, indem man die Berufung des B als für zwei verſchiedene Fälle angeordnet behandelt: als direkte Subſtitution für den Fall, daß A nicht erwirbt, und daneben zugleich als jene fideikommiſſariſche Subſtitution für den Fall, daß A erwirbt. — Immer noch bleibt aber ſelbſt bei dieſer Behandlung eine Eventualität möglich, bei deren Eintritt das Vermögen für B verloren iſt, und zwar gewiß wiederum gegen die Abſicht des Erblaſſers. Wie nämlich, wenn A zwar erwirbt, aber erſt *nach* dem B verſtirbt? B als Univerſal-Fideikommiſſar müßte den Tod des A, als den dies cedens für Realiſirung ſeines Rechts, erlebt haben, ſonſt würde daſſelbe vereitelt. Nun aber iſt nach dem Willen des Erblaſſers offenbar B Derjenige, an welchen das Vermögen eigentlich und dauernd,

---

[33]) Denn ſ. oben Seite 117 ff.

für ihn und seine Erben, gelangen soll, nur der Ausübung nach soll er im Interesse des dem A lebenslänglich zugesicherten Genusses darin beschränkt sein, erlebt also B das Aufhören des Nießbrauchs nicht, so soll dieß nach der voluntas testatoris sicherlich kein Hinderniß sein, daß jetzt nicht auch die Erben des B das ihrem Erblasser dauernd Zugesicherte als diesem bereits gehörig an sich ziehen dürfen. Um diesen Effekt zu realisiren, muß man die ganze Voraussetzung, von welcher wir bisher immer ausgegangen sind, daß nämlich der Todestag des A als Anfangspunkt für das (direkte oder fideikommissarische) Successionsrecht des B gemeint sei, vollständig aufgeben, und vielmehr die Absicht des Erblassers bezüglich des B dahin auffassen, daß die mentio des Todes des A nur als Anfangspunkt der freien Verfügung über das ihm bereits vorher schon zugefallene Vermögen in Betracht kommt; man muß demgemäß sagen: B gilt als von vornherein und pure zum Erben (wir lassen vorerst noch dahin gestellt, ob zum einzigen Erben) eingesetzt, allein der Genuß des Vermögens soll ihm erst mit Wegfall des A zustehen. Man wende nicht ein, daß dieser Auffassung die deutlichen Worte der Disposition widersprechen, es enthält der gegenwärtige Fall eben einen der Beweise dafür, wie wenig die sonst klare voluntas nach den Worten bemessen werden darf. — Nachdem wir in angegebener Art die rechtliche Stellung des B, geleitet durch genaues Eingehen auf die voluntas testatoris, ermittelt haben, fragt es sich jetzt: wie ist die Stellung des A aufzufassen, ist er nach der Absicht des Erblassers wirklich als Erbe auf den Nießbrauch, oder als bloßer Vermächtnißnehmer anzusehen? Da bei seiner Berufung, wie hier vorausgesetzt wird, verba institutionis gebraucht sind, und auch kein sonstiger Grund vorliegt, bezüglich seiner an wahrer Erbeseinsetzung zu zweifeln, so entscheiden wir uns dahin: er ist nach der Absicht des Erblassers Erbe auf den Nießbrauch, also wirklicher heres ex re certa institutus. Hierfür spricht, zur Bestätigung der Be-

deutung der Einsetzungsworte, noch überdieß Folgendes : käme er als bloßer Legatar in Betracht, so würde er dann, wenn B, welcher dann der einzige Erbe wäre, nicht Erbe wird, durch Destitution des Testamentes und Eintritt der Intestat-Erbfolge um das Singular-Vermächtniß des Nießbrauchs gebracht sein, dieß aber wäre sicherlich wieder nicht die Absicht des Erblassers, denn ob B wirklich das Vermögen bekommt oder nicht, A soll ex voluntate testatoris jedenfalls den lebenslänglichen Genuß desselben haben. Sein Recht bleibt nun auch bei dem Wegfalle des A eben dadurch gesichert, daß er neben dem Letzteren gleichfalls als eingesetzt gilt.

Allen bisherigen Erörterungen zufolge geht unsre Ansicht über den Sinn jener Verfügung dahin : B ist als wahrer Erbe eingesetzt pure und von vornherein auf das Ganze (sine parte), A ist neben ihm als Erbe auf den Nießbrauch instituirt. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses richtet sich daher ganz nach den Grundsätzen über Conkurrenz eines gehörig Eingesetzten mit einem heres ex re certa institutus. Gerufen wird demnach A detracta ususfructus mentione auf eine pars hereditaria (½), ebenso B auf ½; A restituirt seine pars hereditaria als Universal-Fideikommiß an B, und erhält an beiden partes die lebenslängliche Nutzung als praelegatum ususfructus; unter Anwendung von Justinian's c. 13 C. de her. inst. gilt seine pars als schon von vornherein und von selbst an die pars des B restituirt. Dem Prälegate des Nießbrauchs darf B seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 nicht mehr die Falcidische Quart, so weit dieselbe vorher hier überhaupt zulässig war, abziehen [34]). Die Schulden des Erblassers trägt ausschließlich B, und zwar darf er dieselben alsbald berichtigen, indem das Prälegat des Nießbrauchs nur an dem reinen Aktivvermögen nach Abzug der Schulden stattfindet.

---

[34]) s. oben Seite 470.

Wir laſſen nun noch eine kurze Ueberſicht der in der bisherigen Theorie beſtehenden Anſichten über die Auffaſſung der hier erörterten letztwilligen Dispoſition folgen.

A. Einige ſehen den B[35]) als den alleinigen Erben an. Dieſer ſei nämlich von dem Erblaſſer pure eingeſetzt, der Todestag des A ſei für den B nicht als Anfangspunkt ſeines Succeſſionsrechts, ſondern nur als Endpunkt einer Legatenlaſt gemeint; A dagegen ſei wohl dem Willen des Erblaſſers nach ebenfalls als Erbe (heres ex re certa) inſtitnirt, allein kraft Geſetzes (in Gemäßheit der c. 13 C. de her. inst.) gelte er als bloßer Legatar[36]). Dieſe Anſicht kommt der unſrigen inſofern am nächſten, als ſie die voluntas testatoris in derſelben Art interpretirt, wie wir gethan haben, in ihrer juriſtiſchen Realiſirung aber gelangt ſie zu einem unrichtigen Reſultate durch irrige Auffaſſung der Grundſätze über Conkurrenz eines gehörig Eingeſetzten mit einem heres ex re certa institutus.

B. Andere laſſen umgekehrt den A als den alleinigen Erben gelten, ſind aber dabei über die Art der Berufung des B verſchiedener Meinung.

1) Manche ſagten, B ſei zwar ex voluntate testatoris ebenfalls inſtitnirt, allein dieß als rechtlich unzuläſſiger direkter Subſtitut für den Fall, daß A nach dem Erwerbe verſterbe, er falle darum ganz weg, A als einziger heres primi gradus erhalte detracta re das Ganze, und behalte es für ſich und ſeine Erben. Auf das mit der voluntas Unverträgliche dieſer Auffaſſung iſt oben aufmerkſam gemacht worden.

2) Nach Andern iſt B von dem Erblaſſer nicht zum direkten Erben eingeſetzt, ſondern als Univerſal-Fideikommiſſar auf den

---

[35]) Der Kürze wegen nennen wir fortgeſetzt den auf den Nießbrauch Eingeſetzten A, den nach deſſen Tod Eingeſetzten B.

[36]) So namentlich Vorr, comment. ad Pand. Tit. de usufr. §. 12.

Todesfall des A gerufen[37]). Dieſe Anſicht, welche für die frühere Zeit als die herrſchende bezeichnet wird[38]), entſpricht indeſſen, wie aus obiger Erörterung hervorgeht, nicht immer und für alle Eventualitäten dem Willen des Teſtators.

C. Eine dritte Meinung endlich läßt beide, den A und den B, als Erben gelten; dieß wiederum in verſchiedener Weiſe:

1) Nach Einigen ſind beide ſucceſſiv inſtituirt, in der Art, daß B, welcher für den Fall des Erwerbs des A allerdings als fideikommiſſariſcher Subſtitut in Betracht komme, doch daneben zugleich auch für den Fall des Nichterwerbs des A als deſſen direkter Subſtitut anzuſehen ſei[39]). Auch dieſe Anſicht, an ſich ganz verſtändig, entſpricht der voluntas nicht für alle Eventualitäten.

2) Nach Andern ſind A und B cumulativ neben einander zu Erben eingeſetzt, A pure auf den Uſusfrukt, B ex die auf die Proprietät. Dabei iſt man jedoch uneinig über die Art und Behandlung des der Einſetzung des B beigefügten dies.

a) Ein Theil ſagt, B ſei ex die incerto, mithin ex conditione, auf die Proprietät inſtituirt, und danach geſtalte ſich das Verhältniß ſo: A erbe zunächſt allein den Nießbrauch, während die Proprietät einſtweilen erblos ſchwebe, mit dem Tode des A erbe B die Proprietät[40]). — Allein geſetzt, man dürfe

---

[37]) z. B. Huber, prael. ad Dig. lib. 28 tit. 5 §. 9.

[38]) Müller ad Struv. exerc. XXXIII §. 6.

[39]) Dieſe Auffaſſung hält namentlich Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XL, S. 183 ff. nach dem Maaßſtabe des gemeinen Verſtandes für die dem Willen des Erblaſſers am meiſten entſprechende.

[40]) Hennemann, Unterſuchung zweier verwandter Rechtsfragen: — 2) was Rechtens ſei in dem Falle, da ein Erblaſſer Jemanden im Genießbrauch zum Erben einſetzt, zugleich aber verordnet, daß nach deſſen Tode ein Anderer ſein (des Teſtirers) Erbe ſein ſolle? Schwerin und Wismar 1790. — v. Vangerow, Pandekten, Bd. II, §. 449, Anmerkung 2 a. E.

ex voluntate testatoris annehmen, für den B solle der Todestag des A den Anfangspunkt des Successionsrechtes bilden, und A solle den Nießbrauch, B die Proprietät erben, so ist es zwar richtig, daß der Todestag des A einen dies incertus [41]) für die Berufung des B enthalten würde, wie aber wird es dann nur irgend möglich, eine Entscheidung zu finden, welche sich als rechtlich normal und dem Willen des Erblassers entsprechend herausstellt? Ganz unmöglich ist es nämlich, daß auch der rechtlichen Behandlung nach A den Nießbrauch, B die Proprietät erbt, und dazu noch A sein Erbrecht an einem Nießbrauche bei einstweilen schwebender Proprietät habe. Zugegeben, daß B neben A ex die incerto instituirt sei, müßte man juristisch dann vielmehr so sagen: als Erben sind A und B zur hereditas berufen, A detracta re unbedingt und unbetagt auf die Hälfte, B sub die incerto auf die andere Hälfte der Erbschaft; wie aber sollte es dann auch nur irgend möglich sein, den von dem Erblasser gewollten Effekt zu realisiren? Denn den A anlangend, so hätte dieser an seiner Hälfte die Nutzung als Eigenthümer, diese Hälfte würde ihm und seinen Erben verbleiben, an der Hälfte des B aber könnte er den Nießbrauch überhaupt niemals erwerben, da bei seinen, des A, Lebzeiten dem B noch gar nicht deferirt ist. Und andrerseits den B anlangend, so würde ihm bei dem Tode des A, als dem Anfange seines Successionsrechts, doch immer nur die Hälfte der Erbschaft deferirt, wie sollte er jemals das Ganze bekommen? Alles dieß beweist, daß man die voluntas unmöglich dahin auffassen kann, als sei B neben A ex die incerto eingesetzt [42]).

---

[41]) Wird eine Honorirung von dem Todestage eines Dritten abhängig gemacht, so ist dieser Anfangstermin ein dies incertus, fr. 12 §. 1 D. de leg. II, fr. 1 §. 2 D. de cond. et dem. (35. 1), gilt daher rechtlich als conditio, fr. 79 §. 1 D. de cond. et dem. (35. 1), fr. 4 pr. fr. 13 D. quando dies (36. 2).

[42]) Andre, z. B. Glück, Comm. Bd. IX, S. 182 ff., Thibaut, Pand. §. 956 Nummer II, wollen so helfen: der ex die incerto auf die

b) Eine andere Ansicht[42]) will den Todestag des A für die Berufung des B nicht als dies incertus (denn incertus sei der dies nur dann, wenn es ungewiß sei, ob er eintrete), sondern als dies certus betrachten, welcher also ganz und gar pro non adjecto gelte, so daß B sogleich neben A gerufen, und nur von dem Genusse des Nachlasses auf Lebzeiten des A ausgeschlossen werde; das Verhältniß gestalte sich mithin so, wie überall da, wo mit einem im Allgemeinen Eingesetzten ein heres ex re certa institutus concurrire. — Diese Meinung wird allerdings in ihrem Resultate richtig, soferne man nur das Resultat unter die richtigen Grundsätze subsumirt, welche für den Fall solcher Concurrenz gelten, allein die Art und Weise, wie hier zu diesem Resultate gelangt wird, läßt sich nicht rechtfertigen; es ist überhaupt verfehlt, den Todestag des A als Anfangspunkt für das Successionsrecht des B anzusehen, gesetzt aber auch, er sei es, so dürfte er doch nicht als dies certus; er müßte nach dem in Note 41 Gesagten dann in der That als dies incertus in Betracht kommen.

Proprietät gerufene B könne (arg. fr. 23 pr. D. de her. inst.) durch Erwerb einer bon. poss. sec. tab. gegen Cautionsleistung sogleich in den Besitz der Erbschaft kommen, und so dem A (welcher übrigens bloßer Legatar sei) den Nießbrauch verschaffen.

[43]) Sintenis, prakt. Civilr. Bd. III, §. 172, Note 22 a. E.

768394

BIBLIOTECA NAZIONALE V. E. III - NAPOLI

Druck von Wilhelm Keller in Gießen.